

Trop les juristes Latins
mènent un bétail

La cause dans l'exception *non numeratae pecuniae*

par Hervé TROFIMOFF

INTRODUCTION

L'absence de cause dans le droit romain de la *querela non numeratae pecuniae* a déjà fait l'objet de nombreuses monographies ⁽¹⁾. Alors que les juristes allemands qui n'ont pas de

(1) Alfred PERNICE: *Parerga* 4, *Z.S.S.* 13, p. 246 sq. (1892).

Ludwig GOLDSCHMIDT: *Die querela non numeratae pecuniae und die Reichsprozeßgesetzgebung*, *Jehr.Jahr.* 24, p. 33 sq. (1886).

Antonio SUMAN: *De non numerata pecunia. Note critique*, *Atti del R. Ist. Ven.* 78, 2 (1918-1919).

Paul COLLINET: *La nature des querelae des origines à Justinien*, *S.D.H.I.* 1953, p. 251 sq. (article posthume publié par M. LEMOSSE). *Études Historiques sur le droit de Justinien*, I et sq, p. 59 sq. (1912). *L'édit du préfet d'Égypte Valerius Eudaemon, une hypothèse sur l'origine de la querela non numeratae pecuniae*, *Atti del 4 congresso internaz. di papirologia* (1936).

Hugo KRÜGER: *Querela non numeratae pecuniae*, *Z.S.S.*, 58 (1938).

Hans KRELLER: *Zur Geschichte der exceptio non numeratae pecuniae*, *Studi Riccobono*, vol. 2, p. 285 sq. (1932).

Ernst LEVY: *Die querela non numeratae pecuniae*, *Z. Sav. Sti.*, 70 (1953), p. 214 sq. *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar 1956, § 21, *Schuldschein als Verpflichtungsgrund, querela non numeratae pecuniae*, p. 48 sq.

Maxime LEMOSSE: *Querela non numeratae pecuniae et contradictio*, *Studi Solazzi*, 1948, p. 470 sq.

Fr. SCHULZ: *Classical roman law*, Oxford 1954.

Valentin A. GEORGESCO: *Essai sur le mot causa dans le latin juridique*, *Revista Clasica*, 6-7 (1934-1935). *Études de philologie juridique et de droit romain*, I (1940), p. 127 sq. Le Professeur GEORGESCO dont nous avons été

M. R. Cimma, 1954!

J. Ph. Levy
1953

théorie de la cause finale n'écartent que les actes sans base juridique (2), la tradition française pour arriver au même résultat approfondit cette notion de fondement juridique en y distinguant cause et objet et suppose l'inexistence de l'un de ces éléments (3). Les Romains n'avaient pas atteint ce degré de raffinement ou peut-être comme les Allemands l'avaient-ils jugé inutile, les conséquences injustes d'un acte abstrait non causé pouvant être écartées par des remèdes d'équité comme l'*exceptio* et la *querela non numeratae pecuniae*.

Chapitre préliminaire

LA CAUSE DANS LE PRÊT

Nous allons démontrer l'absence de cause finale dans le prêt par *stipulatio* et *mutuum* et la présence de la cause efficiente dans le *mutuum* uniquement.

Section 1. - L'indifférence de la cause dans la stipulation

Le prêt, contrat unilatéral à titre onéreux, passé sous forme de stipulation, devient en plus verbal, abstrait et solennel. La somme d'argent étant déterminée par hypothèse, la stipulation est certaine.

L'étudiant à Nice, et que nous avons revu à Göttingen à l'Institut de droit romain du Pr. WIEACKER nous a fortement aidé dans la rédaction de cet article malgré son retour à Bucarest. Il en corrigea la première épreuve et nous envoya de longues lettres pleines de conseils pertinents.

G. WESENER: *Querela non numeratae pecuniae*, in *Realenzyklopädie*, vol. 24, col. 866 sq.

G. ARCHI: *Studi sulla stipulatio*, Tome I, *La « querela non numeratae pecuniae »*, *Fondazione Guglielmo Castelli*, 16 (1938).

(2) M. KASER, par ex., *Das römische Privatrecht*, tome I, p. 452 à propos de la *q.n.n.p.* parle de « rechtlicher Grund », de « Rechtsgrundverhältnis » (base, fondement de l'obligation).

(3) H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1927, pp. 99-102. A.E. GIFFARD dans son *Précis de droit romain*, t. 2, p. 172 différencie cause effi-

§ 1. LE PRINCIPE EN DROIT COMMUN

Si les formes de la stipulation sont respectées, il est indifférent que la promesse soit causée mensongèrement, véridiquement ou non causée, quand bien même le prêt subséquent aurait effectivement lieu. Le débiteur s'est lié par sa promesse de rembourser (4).

Ce contrat *verbis* peut être constaté par écrit (*cautio, instrumentum*) dès Cicéron (5).

Sous l'influence grecque du *chirographum* et de la *syngrapha*, la stipulation orale put être présumée dans l'écrit muet (6) et remplacée par une stipulation écrite (7).

Le créancier utilise pour se faire rembourser à l'époque des actions de la loi la *judicis postulatio* (8) et à l'époque formulaire la *condictio certae creditae pecuniae* qui devint *condictio certi* sous la procédure extraordinaire (9). Ces modes de recouvrement sont abstraits, ils n'indiquent que la cause efficiente, la stipulation passée (10), et non pas la *demonstratio* ou cause finale de l'obligation.

§ 2. LE REMÈDE PRÉTORIEN

Ce système abstrait, injuste, fut corrigé par le préteur. La *clausula doli* introduite sous Cicéron dans la stipulation la ren-

ciente, motif et cause finale en droit romain. Un des buts de l'étude du droit romain étant de mieux nous faire comprendre notre propre législation, il est normal qu'il soit analysé par analogie à nos solutions actuelles.

(4) D. 45,1,21. La stipulation indiquait sa cause « finale », *ob dotem causa*. Le promettant doit cependant rembourser cette dot non perçue.

(5) *Top.* 25, 96.

(6) D. 12,1,40; D. 22,1,41 § 2; D. 45,1,140 et 134 § 2; D. 45,1,30 (voir *Inst.* III, 20, 8); D. 2,14,7 § 12; D. 44,7,38; *Pauli Sent.* 5,7,2; D. 17,2,71pr. (voir *Inst.* III, 19,17). Pratique constitutionnalisée en 200: C. 8,37,1.

(7) *Inst.* III, 21; III, 15,1; III, 19 §12; C. 8, 37,10; 1 et 14. C. Th. 2,4,6. Dans le *chirographum* classique la cause efficiente, *causa verba* ou *stipulationis*, la stipulation orale elle-même devait être mentionnée, puis cela devint inutile. La cause finale ne fut jamais exigée.

(8) *Gaius* 17bis.

(9) *Gaius* 4,20 et *Inst.* III,15pr.

(10) *Gaius* 4,13 et 20; *Inst.* III,15pr.

dit conditionnelle⁽¹¹⁾. Le débiteur opposera l'*exceptio doli* à la demande en remboursement injustifiée⁽¹²⁾. Après que la *clausula doli* fut présumée⁽¹³⁾, on arriva à l'exception, remède du *ius aequum*⁽¹⁴⁾. Il faut que la stipulation indique sa cause efficiente, le prêt d'argent⁽¹⁵⁾, ce qui permet au débiteur d'opposer aussi la *condictio sine causa*⁽¹⁶⁾. Si la stipulation est abstraite, sans *credendi causa*, *promissio ob* ou *propter causam*, ni l'*exceptio doli*, ni la *condictio sine causa* ne s'appliquent en cas de non remise des fonds par le créancier⁽¹⁷⁾. Le débiteur s'est obligé par ses

(11) Cicéron, *de off.* 3,14,60. Gaius, 4,114^a et 4,119 nous montre la stipulation conditionnée par l'absence de dol (*spondesne dolum malum*) et *in contrarium* l'*exceptio* par l'existence d'un (*si in ea re nihil dolo malo*). Cette nouvelle condition modifie la cause efficiente. La cause efficiente du prêt était primitivement la stipulation. Quand stipulation et absence de dol furent présumés, la cause efficiente devint l'objet de l'obligation, la remise des fonds.

(12) D. 15,1,21pr.; D. 4,3,7 §3; *lex Rubria de Gallia Cisalpina* c. 20. Le dol du créancier est *praesens, generalis in agendo*, réclamer ce qu'il n'a pas versé, et non ne pas avoir versé, car il peut avoir un motif légitime à ne pas exécuter son obligation conditionnelle: D. 44,4,2 § 3.

(13) Dès avant Labéon, Gaius 4,119. COLLINET, *La nature des querelae*, cité *infra* sans titre, p. 284: « l'exception de dol connue de Gaius doit remonter plus haut encore ».

(14) Gaius 4,116. C. 4,7,5. Sa fonction est d'éviter une injustice (*sed iniquum sit... sed quia iniquum est...*). C'est comme l'enrichissement injuste en droit allemand non causaliste. Pour PERNICE l'*exceptio doli* continua d'appartenir au droit formulaire, *Z.S.S.* 13, 283, cité par COLLINET, p. 284.

(15) Gaius 4,116: *si stipulatus... pecuniam... credendi causa numeraturus*. D. 44,4,2 §3: *justam causam si crediturus pecuniam stipulatus... non est secuta aut finita*. Dans cette loi l'expression du début *sine causa stipulatus* ne désigne pas une stipulation non causée mais une stipulation à la cause efficiente non exécutée.

(16) D. 12,7,1; 3; 4 et 5. Ce moyen jurisprudentiel et non prétorien peut être soulevé en action avant poursuite du créancier: D. 37,6,3 §5. Le terme *sine causa* ne doit pas nous tromper. Seule importe en équité la cause efficiente, l'objet.

(17) Le prêteur ne peut pas aller jusqu'à présumer une cause efficiente. Inversement si la cause efficiente, la remise des fonds est déclarée non comme devant être effectuée, mais comme l'ayant déjà été, le débiteur ne peut pas invoquer d'exception: D. 22,3,25 §4 que nous estimons non interpolé (*contra* GIRARD, *Manuel*, p. 503, n. 3); C. 4,30,5 et 13. La réalité de

paroles, *spondeo*, et non en considération de l'exécution de son obligation par le créancier. Même en cas d'inexécution dolosive du créancier, il ne bénéficie pas d'un quelconque palliatif causaliste *non adimpleti contractus* (18).

En cas de cause efficiente immorale exprimée dans la stipulation, l'exception est soulevable *propter aequitatem* et non en vertu d'une conception causaliste (19). La stipulation *contra bonos mores* non causée n'est pas *inanis*, nulle *jure civili* (20). A plus forte raison la cause finale est indifférente (21). Même exprimée, elle n'annule l'obligation en équité que si les deux parties sont immorales (22), non si une seule l'est (23).

la cause est donc indifférente. *Contra* MACQUERON, *Cours d'obligations*, p. 242; DE ZULUETA, *Institutes of Gaius*, Part 2, p. 282; GIFFARD, *Obligations*, p. 44; GIRARD, *op. cit.*, p. 501: « le débiteur peut invoquer le défaut de cause de son engagement en opposant l'exception de dol ».

(18) Cette exception réservée aux contrats synallagmatiques s'applique dans le droit causaliste français au prêt défini parfois comme un contrat synallagmatique imparfait (art. 1184 et 1874 C.c.).

(19) D. 12,5,8; D. 45,1,134pr. Si cette stipulation peut être annulée c'est pour objet illicite, *propter aequitatem*, et non pour cause finale immorale. C'est la solution du droit allemand qui connaît aussi l'engagement abstrait (formeller *Schuldvertrag*) indépendant de toutes causes (*unabhängig vom Rechtsgrunde*). ORTMANN, par ex. (*Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse*, p. 1266) constate qu'en cas de contestation de la part du débiteur ainsi lié, le créancier n'a qu'à prouver le consentement du débiteur (*der Vertragschluß*) sans s'occuper de prouver la cause de l'engagement de ce débiteur (*ohne den Schuldgrund zu beweisen*), car l'absence de cause n'influence pas la validité des engagements abstraits (*die Mangel des unterliegenden Kausalverhältnisses grundsätzlich auf den Bestand der abstrakten Verbindlichkeit zunächst einflußlos bleiben*). Le seul recours de ce débiteur est l'enrichissement injuste du créancier d'après l'art. 812 du B.G.B. (*vorbehaltlich einer Entkraftbarkeit mittels der Bereicherungsansprüche nach § 812 ff.*).

(20) D. 2,14,7 §3.

(21) C'est la contre-prestation attendue par le débiteur en échange de son obligation. Gaius ignore ce concept: 4,116.

(22) D. 12,5,8. Annulation de la stipulation non en raison de l'immoralité de sa cause finale mais pour préserver les bonnes mœurs.

(23) D. 12,5,2. C'est l'exemple d'une personne en payant une autre pour qu'elle ne commette pas un crime. Elle peut récupérer son argent par la *condictio ob turpem causam*. L'obligation n'est pas entièrement nulle car sa cause finale ne joue aucun rôle.

Sic
propter
dolus
dans le
plus tôt

Les constitutions impériales tardives conservèrent cette pratique (24).

Section 2. - La nécessité de la cause efficiente dans le *mutuum*

Le prêt fait sous forme de *mutuum* est un contrat non formel, unilatéral et réel. Sa cause efficiente est la *res*, la remise des fonds. Sans celle-ci pas de contrat, donc libération du débiteur ayant prouvé ce fait négatif.

Jusqu'à Justinien (25) il fallait joindre une stipulation à ce prêt pour qu'il soit avec intérêts. En ce cas l'obligation devenait *verbis* et les règles de la stipulation s'appliquaient (26). Pour pallier ceci on gonflait le montant du capital de la reconnaissance de dettes (27). Nous pensons que ceci était légitime si les intérêts ainsi inclus n'étaient pas usuraires mais légaux.

Pour se faire rembourser le créancier utilise la *condictio certae creditae pecuniae* (28) comme pour la stipulation.

Dans sa demande le créancier affirme « *dare oportere* » sans mentionner la cause. Le débiteur peut être condamné à rembourser la somme augmentée de l'amende de la *sponsio* qui peut correspondre à son tiers. Le demandeur de mauvaise foi n'obtient rien et verse au débiteur l'amende de la *restipulatio* qui peut égaler aussi le tiers de la somme litigieuse. Dans cette procédure abstraite la charge de la preuve est pour le débiteur. Il doit prouver non une cause finale, mais une *res*, cause efficiente, le fait négatif de la non remise. Le débiteur ne bénéficie pas de l'exceptio doli réservée à la stipulation.

Le débiteur peut prendre les devants par la *condictio sine causa* qui est *liberationis* (29).

(24) C. 4,7,1 de Caracalla, C. 4,7,5 et C. 8,37,9 de Dioclétien.

(25) Nov 136,4 à l'exception du *nauticum fenus*: D. 22,2,7.

(26) *Pauli sent.* II,14,1. D. 19,5,24; D. 17,1,10 §4; D. 46,2,6 §1. Ce n'est pas l'écrit qui oblige mais la stipulation qu'il contient: D. 44,7,38.

(27) Gaius 3,90. D. 44,7,3,1; D. 12,1,18.

(28) Gaius 4,13 et 4,171.

(29) D. 44,4,5 §5. Cette *condictio* libératoire est dite *sine causa* car elle

A partir de Justinien, si le *mutuum* indique un motif (*causa impulsiva*) immoral, le débiteur pourra opposer en équité l'*exceptio turpitudinis* ⁽³⁰⁾. Si celui-ci n'est pas énoncé, il n'est pas pris en considération, ce qui montre l'absence d'importance de cette cause impulsive et *a fortiori* de la cause finale.

Chapitre I^{er}

L'EXCEPTION *NON NUMERATAE PECUNIAE*

Section 1. - L'évolution de la procédure

§ 1. PROCÉDURE ORDINAIRE EN CAS DE STIPULATION ORIGINAIRE

Les exceptions apparurent avec le système formulaire ⁽³¹⁾ des *leges Aebutia et Juliae* ⁽³²⁾. L'*exceptio non numeratae pecuniae* calquée sur l'*exceptio doli* dut apparaître après celle-ci, à la fin du I^{er} siècle de notre ère ⁽³³⁾. D'abord *causa cognita* ⁽³⁴⁾, sous forme d'*exceptio* conditionnelle *in factum* dépendant d'une *clausula numeratae pecuniae* qui fut ensuite présumée ⁽³⁵⁾, elle devint formulaire, inscrite à l'édit ⁽³⁶⁾. Par elle le défendeur ne nie pas

ne tient pas compte de la cause, mais de l'équité. *Causa* signifie au plus cause efficiente.

(30) C. 3,43,2.

(31) Gaius 4,108.

(32) Gaius 4,30; Gellius, *Noctes Atticae* 16,10.

(33) Voir n. 39 et 40 sur leur assimilation par les juristes romains. L'édit de Valerius Eudaemon de 138 pourrait concerner notre *e.n.n.p.* et non l'*exceptio doli* (TAUBENSCHLAG, *Z.S.S.* 54,1934, *The Law of Greco-Roman Egypt*, p. 142) ou la *q.n.n.p.* (COLLINET, *L'édit du préfet*, pp. 89 à 100 et LEMOSSE, *Q.n.n.p. et contradictio*, p. 472). La formule finale pourrait aussi se traduire: « s'il a confiance dans la faiblesse des arguments de l'accusation, qu'il se défende au plus grand procès ».

(34) Gaius 4,118.

(35) On peut aussi imaginer l'économie de cette *clausula n.n.p.*, la *doli* (inventée d'après Cicéron par son ami Atticus) ayant été jugée inutile dès Labéon.

(36) *Contra* MACQUERON qui croit comme PERNICE, voir *infra* n. 60, que le défendeur à la formule a toujours la charge de la preuve (*Cours*, p. 267).

sa promesse mais prétend celle-ci sans objet, les fonds n'ayant pas été intégralement versés⁽³⁷⁾.

La constitution de 197 rappelle l'existence de cette exception à propos d'une rétention servienne de gage⁽³⁸⁾. Ulpien⁽³⁹⁾ et la constitution de 215⁽⁴⁰⁾ la comparent à l'exception formulaire *doli*⁽⁴¹⁾.

Nous pensons que l'argument peut être retourné, la charge de la preuve dans l'*e.n.n.p.* formulaire étant bien pour le débiteur, voir *infra* pp. 219-220. *Idem* LEVY, *op. cit.*, p. 224 pour qui l'*e.n.n.p.* ne figura jamais à l'édit, même avant 215 dans les derniers temps de la procédure formulaire. Pour nous c'est après 215, avec le renversement de la charge de la preuve qu'elle cessa d'appartenir à l'édit.

(37) Il en va de même pour le dol: le défendeur ne nie pas sa promesse, mais prétend dolosive la réclamation du créancier, dans les deux cas la cause est indifférente: Gaius 4,115-125.

(38) C. 4,30,1 d'Alexandre-Sévère et Caracalla, jugée interpolée par COLLINET (*La nature des querelae*, p. 302), KRELLER (*Zur Geschichte der e.n.n.p.*, p. 293) et GIRARD (*Manuel*, p. 502). Ce dernier la compare au C. 8,33,1, autre version de la même constitution qui remplace le terme *numeratae* par *redditae*. Pour nous ce n'est qu'une erreur de copiste puisque les deux constitutions s'accordent sur la formule de l'exception: *si pecuniam non esse numeratam*.

(39) D. 17,1,29pr. et D. 44,4,4 §16. LEVY, *op. cit.*, croit ces textes interpolés. Pour lui comme pour COLLINET, p. 302, l'*e.n.n.p.* n'existait pas du temps de ce jurisconsulte.

(40) C. 4,30,3 de Caracalla estimée interpolée par LEMOSSE (*Q.n.n.p.*, p. 482, n. 60 et édition de *La nature des querelae* de COLLINET, p. 300, n. 160). COLLINET, pp. 300-302 pense que le texte désigne la *q.n.n.p.* et non l'*e.n.n.p.* encore inexistante et prévoit pour elle et l'*exceptio doli* un renversement de la charge de la preuve au bénéfice du débiteur. Pour KRELLER l'interpolation est ailleurs, la constitution vise bien l'*e.n.n.p.* mais pas l'*exceptio doli* (p. 304-305). Il se base sur D. 22,3,18,1 et D. 44,4,2,1 d'Ulpien laissant la charge de la preuve au débiteur dans l'*exceptio doli*. Nous estimons ces deux lois du Digeste antérieures à cette constitution (années 210-213). Nous ne pensons pas que ce renversement de la charge de la preuve s'appliquait uniquement à l'*exceptio doli* quand elle concernait un prêt ou une valeur non ou partiellement payée, mais qu'il la gouverne dans son ensemble. Sinon Ulpien n'aurait pas manqué de relever une telle particularité. Pour LEVY, p. 225 c'est de cette constitution non interpolée que date l'apparition de l'*e.n.n.p.* Pour COLLINET, p. 284, la première mention de l'*e.n.n.p.* est de 222 dans le C. 4,30,5, les textes antérieurs traitant de la *querela*.

(41) D. 44,4; D. 12,1,30; Gaius 4,115.

Si les sources sur cette exception formulaire sont si modestes, c'est qu'elle fut rapidement incorporée à la procédure extraordinaire (42). Le Digeste et Gaius (43) sont muets aussi sur l'interdit *de clandestina possessione* au bref destin.

Nous pouvons en recréer la formule à partir de celle de l'*exceptio doli* (44). A la *postulatio* du demandeur (45) le défendeur oppose une *infinitatio* (46). L'*intentio* du magistrat reproduit ces deux prétentions (47).

§ 2. PROCÉDURE EXTRAORDINAIRE EN CAS DE *MUTUUM*

En cas de *mutuum* le débiteur n'oppose pas une exception formulaire, mais une défense non formelle. Le créancier ne lui demande pas de reconnaître une promesse, mais un versement. En le niant et en prouvant ne rien avoir reçu, le défendeur se libérera du *mutuum* considéré comme n'ayant jamais eu lieu. Même si l'expression *e.n.n.q.* est employée (48), elle désigne ici une dé-

(42) Elle ne fit donc partie de la formule qu'une cinquantaine d'années. *Contra* PERNICE, *Z.S.S.* 13, p. 286 sq. pour qui l'*exceptio* de dol est formulaire et l'*e.n.n.p.* extraordinaire dès l'origine. Sans partager les doutes de COLLINET (p. 299) sur cette liaison pernicieuse entre procédure extraordinaire et renversement de la charge de la preuve, nous pensons que l'*e.n.n.p.* est passée d'une procédure à l'autre, sa charge de la preuve ayant évolué. Pour COLLINET (p. 304 et n. 181), l'*e.n.n.p.* a toujours fait partie de la procédure extraordinaire car elle apparut tardivement, après la *querela*, à une époque où la formule avait disparu (voir aussi *Études Hist.*, 5, pp. 501-504).

(43) On peut aussi objecter que le manuscrit de Gaius 4,115 jusqu'à 125 est incomplet et qu'il mentionnait peut-être l'*e.n.n.p.*

(44) Gaius 4,115-125.

(45) Gaius 4,17^a: *Aio te mihi sestercium milia dare oportere; id postulo aies aut negas.*

(46) *Si in ea re mihi ab Ao Ao numerata pecunia sit.* Le débiteur pourrait aussi protester par une *infinitatio doli*.

(47) *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestercium milia dare oportere, si in ea re No No numerata pecunia ab Ao Ao sit, iudex, Nm Nm Ao Ao milia condemna; si non paret pecuniam numeratam esse, absolve.* Cette reconstruction s'inspire de Gaius 4,41; 43 et 50.

(48) Certains auteurs ne veulent appliquer l'*e.n.n.p.* qu'au cas de stipulation: KRÜGER, pp. 1 et 2; KRELLER, pp. 296-298 est amené à considérer

fense *in factum* ⁽⁴⁹⁾ non absolutoire comme dans la stipulation, mais minutoire ⁽⁵⁰⁾.

§ 3. GÉNÉRALISATION DE LA PROCÉDURE EXTRAORDINAIRE

La formule disparaît en même temps que les magistrats et les jurés dans le courant du 3^e siècle ⁽⁵¹⁾. L'ancienne exception formelle de la stipulation revêt l'aspect de celle *in factum* du *mutuum* pour former une défense unique opposée à la *contradictio* ⁽⁵²⁾. L'écrit du créancier ne vaudra plus présomption *juris*

de nombreuses sources comme interpolées et nie les avantages de l'*e.n.n.p.* en cas de *mutuum* après 215 avec le renversement de la charge de la preuve. SUMAN, p. 235 au contraire réserve l'*e.n.n.p.* au *mutuum* et l'*exceptio doli* à la stipulation. Nous rejetons aussi la thèse de FERNICE, p. 236 ss. qui estime que la procédure extraordinaire implique obligatoirement un renversement de la charge de la preuve. L'*e.n.n.p.* extraordinaire du *mutuum* impose à cette époque au débiteur de prouver sa négation. C'est plus tard, par des constitutions et indépendamment de la généralisation de la procédure extraordinaire que la charge de la preuve fut renversée. La règle *affirmanti non neganti incumbit probatio* n'est pas du 3^e siècle mais du Bas Empire.

(49) Des sources parlent de *cautio* et non de *stipulatio*, ce qui inclut la *cautio stipulatoria* et la *simplex*, le *mutuum*: C. 4,30,3 (215) *ex cautione tua*; 4 (217) *fidem cautionis*; 8 (228) *qui cautionem exposuit*; 13 (Justin) *scriptis cautum*; 1 (197) *cautionem emissam*; 2 (213) *cautionem*. D'autres emploient des termes autant génériques: *propriam scripturam*, Nov. 18, cap. 8, de 536; *quasi credita pecunia*, C. 4,30,5 de 223, expression utilisée aussi par Gaius au 3,126; *qui erat obligatus*, C. 4,30,6 de 223; au 10 de 293 *debitum solutum*. Le *mutuum* est aussi nommément désigné au C. 4,30, 7 de 293, *mutuam pecuniam*; dans les *Epitomes* de Gaius au 2,9,11, *de cauto et non numerato*; au *Codeœ Hermogenianus Visi.*, I, *de cauta et non numerata*; au *Codeœ Theodosianus*, 2,27,1, *de cauta et non consignata pecunia*. On note que ces textes accordent l'*e.n.n.p.* au *mutuum* aussi avant la généralisation de la procédure extraordinaire.

(50) La stipulation qui a porté sur une somme plus importante que celle remise effectivement est jugée *inanis* par l'*e.d.* ou l'*e.n.n.p.* Le *mutuum* dont la *res* a été gonflée est annulé et présumé remplacé par un autre *mutuum in factum* du montant prouvé par le débiteur. Cette solution ne vaut en équité qu'en cas d'intérêts non usuraires.

(51) C. 3,3,2; 2,57,1; *Codeœ Grego.* 5,7.

(52) *Inst.* 4,13 et 14.

Weber
tantum, mais il devra faire la preuve de sa demande⁽⁵³⁾. A cette nouvelle exception qui pourra être minutoire, le créancier opposera des preuves par témoins, écrits, serments⁽⁵⁴⁾ ou aveu du débiteur⁽⁵⁵⁾. La nouvelle procédure n'innove pas, elle se déformalise et renverse la charge de la preuve. / Sic

Section 2. - La charge de la preuve

Nous faisons figurer l'évolution de la charge de la preuve dans une section différente de celle de la procédure, car nous estimons que ce n'est pas la procédure extraordinaire qui a renversé les solutions classiques en cette matière.

§ 1. PÉRIODE DE LA CHARGE DE LA PREUVE POUR LE DÉBITEUR

C'est au débiteur de prouver qu'il n'a rien reçu: *reus in excipiendo fit actor*⁽⁵⁶⁾. Le débiteur en effet doit faire preuve contre un écrit qui le condamne en apparence. Il lui faut pour emporter l'intime conviction du *judex* invoquer d'autres écrits ou témoignages⁽⁵⁷⁾. Le créancier a un rôle passif⁽⁵⁸⁾. Cette solution ap-

(53) Ceci est concomitant à l'arrivée de la procédure extraordinaire pour l'*e.n.n.p.* mais non impliqué par elle. MONNIER, *NRH* 24, pp. 171-176 et COLLINET, p. 299 refusent l'explication de PERNICE, renversement de la charge de la preuve par cette nouvelle procédure pour venir en aide aux pauvres débiteurs. Ils citent des mesures contraires aux intérêts de ces *humiliores* comme l'imposition de délais (voir *infra* p. 223 pour une lecture divergente de ces délais) et l'incontestabilité des billets causés (C. 4,30,13 de Justin).

(54) Le serment a la même valeur probatoire qu'à l'époque classique, toutefois le *iusjurandum in iure* pourra être demandé d'office par le juge en cas d'insuffisance de preuve.

(55) Même effet que l'aveu classique: *confessus pro iudicato est*.

(56) D. 44,4,2 §1; D. 22,3,18 §1 et 19 pr.; C. 2,1,1 de 155.

(57) C. 8,33,1 et 4,30,1 de 197: *si pecuniam tibi non esse numeratam... PROBATURUS ES*. Gellius, *N.A.* 14,2,4 à 25: *neque tabulis neque testibus id factum docebat et argumentis admodum exilibus nitebatur*.

(58) Quintilien, *Inst. Orat.* 4,2,6: *satis est diuise certam creditam pecuniam peto ex stipulatione. Diversae partis expositio est cur ea non debeantur*.

pliquée à l'*exceptio doli* ⁽⁵⁹⁾ l'a été à l'*e.n.n.p.* dès son apparition ⁽⁶⁰⁾ aussi bien en cas de stipulation ⁽⁶¹⁾ que de *mutuum* ⁽⁶²⁾.

(59) C. 8,32,1 de 197; D. 12,1,30; D. 23,3,18; D. 44,4,2 §3 et §7; Gaius 4, 115-125. D. 23,3,18 §1 et D. 44,4,2 §7. Les D. 17,1,29 pr. et D. 44,4,4 §16 déclarent la charge de la preuve identique en cas d'*e.n.n.p.*

(60) D. 44,4,4 §16 d'Ulpien (environ 210) *ut si forte pecunia non numerata dicatur*. Le débiteur qui invoque l'exception de dol ou *n.n.p.* placée sur le même plan doit apporter ses preuves. Le seul avantage de l'*e.n.n.p.* ne tient pas à la charge de la preuve mais en ce qu'elle n'accuse pas de mauvaise foi un patron comme l'*e. doli*. C. 4,30,1 d'Alexandre-Sévère et Caracalla de 197, jugée interpolée par certains, *supra* n. 38, avec son « *probaturus es* » adressé au débiteur. D. 17,1,29 qui met sur le même plan l'*e.d.* et l'*e.n.n.p.* (« *exceptionem vel doli vel n.n.p.* ») et qui use d'expressions comme « *praetermisit exceptionem* » et « *exceptio debitori competebat* » signifiant que c'est au débiteur d'opposer une exception qu'il prouvera fondée. Ce texte est estimé interpolé par LEVY, p. 224 qui considère en outre, p. 220, le règlement de la charge de la preuve comme très informel, le créancier devant lui aussi opposer ses propres preuves à celles fournies par le débiteur. Nous estimons au contraire cette procédure formelle, le créancier pouvant rester inactif si le débiteur ne convainquait pas le *judeex* si l'on en croit Quintilien. Rappelons que COLLINET, pp. 300 et 302, voir *supra* n. 40, estime que les textes incriminés font référence non à l'*e.n.n.p.* mais à la *q.n.n.p.* Pour lui sinon, la charge de la preuve dans l'*e.d.* et la *q.n.n.p.* est pour le débiteur. Interpolations aussi pour PERNICE, l'*e.d.* étant formulaire avec charge de la preuve pour le débiteur et l'*e.n.n.p.* extraordinaire avec charge de la preuve pour le créancier, voir *supra* n. 42.

(61) D. 44,4,2,3; D. 12,1,30 qui permettent de lutter contre une stipulation par l'*e.d.* ou l'*e.n.n.p.* sans préférence quant à la preuve. LEVY au contraire, p. 220 prétend que le dol est plus facile à prouver. Nous pensons que dans les deux cas on prouve un non versement, une chose négative et que cela fera présumer le dol pour l'*e.d.* En cas de transmission de l'écrit de la stipulation à un tiers de bonne foi ignorant le non versement des fonds par celui qui lui a remis la créance, l'*e.d.* n'était pas applicable au contraire de l'*e.n.n.p.* De même si le réclamant est un patron ou ascendant, on ne peut pas opposer l'*e.d.* jugée irrespectueuse, mais seulement l'*e.n.n.p.*: D. 44,4,4 §16 et D. 37,15,7 §2.

(62) C. 4,19,1 de 196: *creditor qui pecuniam petit, numeratam implere cogitur*. Cette formule rappelle celle du C. 8,31,1 de 197 pour l'*exceptio doli*; du D. 44,4,2 §3 et D. 12,1,30 pour l'*e.d.* avec l'*e.n.n.p.* en cas de stipulations. Cette similitude de conditions, d'effets et de formulations en cas de *mutuum* ou de stipulation s'explique par la déformalisation croissante de la stipulation se rapprochant ainsi du *mutuum*. *Contra* KRELLER, pp. 296-298, pour qui l'*e.n.n.p.* ne s'applique pas au *mutuum*.

§ 2. RÉFORMES ATTRIBUANT LA CHARGE DE LA PREUVE AU CRÉANCIER

Ce n'est pas la généralisation de la procédure extraordinaire qui ôta au défendeur le soin de prouver son exception, c'est une constitution précise de 215 de Caracalla⁽⁶³⁾. Ce retournement vaut pour les deux exceptions connexes, la *doli* et la *n.n.p.*⁽⁶⁴⁾. Ce texte atteste de l'ancienneté de l'*e.n.n.p.* présentée comme aussi vieille que la *doli*⁽⁶⁵⁾. Le même empereur dans une autre constitution, traitant de l'*e.d.* mais impliquant l'*e.n.n.p.*, explique ce renversement par les difficultés à prouver un fait négatif⁽⁶⁶⁾.

(63) C. 4,30,3, voir *supra* n. 40. COLLINET pp. 284 et 300 considère ce texte interpolé comme désignant la *q.n.n.p.*, l'*e.n.n.p.* n'étant apparue qu'en 222-223 avec le C. 4,30,5, texte aussi remanié puisque le débiteur devait encore à cette époque prouver son exception: « *bien que la reconnaissance de l'exception ne soit mentionnée d'une façon sûre qu'en 222-223, aucune mention du renversement de la preuve ne se retrouve avant Dioclétien* ». Il s'appuie sur les C. 4,30,10 et C. 4,19,23 dont nous reparlerons *infra* p. 240. Notons déjà que pour nous le C. 4,30,10 oppose la *querela*, dont la charge de la preuve reste pour le débiteur, à l'exception l'en libérant au contraire, et surtout présente cette solution comme ancienne. A la page 301 COLLINET semble gêné d'avoir dû conclure ainsi. Il reconnaît que « *d'ordinaire Dioclétien reflète la tradition du droit classique et n'innove pas* », ce qui pourrait ne pas exclure une légère antériorité de ce renversement à la constitution qui le constate. COLLINET se départage un peu de MONNIER (*NRH* 24, 1900, pp. 171-176) dont il reprend l'idée majeure du renversement de la preuve pour l'exception par Dioclétien aux pp. 299-302. Voir *infra* n. 140.

(64) *Contra* KRELLER, pp. 304-305, pour qui le passage concernant l'*e.d.* serait interpolé. Voir *supra* n. 40.

(65) *Contra* LEVY qui attribue à cette constitution la création de l'*e.n.n.p.*, p. 225. Pour lui, p. 226, le renversement des preuves n'est pas radical car en pratique il y avait déjà lutte des moyens de preuve entre créanciers et débiteurs pour convaincre le *judex*. Voir *supra* n. 60.

(66) C. 2,1,8 de 225: « *Oum juris et aequitatis rationibus congruunt... quod utique ipsa rei aequitas suadet an vero ab eo a quo aliquid petitur actor desideret rationes exhiberi...* ». Pour COLLINET, p. 300, ce n'est que Dioclétien qui aurait imaginé cet avantage dans les deux constitutions précitées: « *il en donne un motif, l'impossibilité de faire une preuve négative, selon la naturalis ratio ou la rerum natura* ». Notons en tout cas que ni Caracalla, ni Dioclétien ne décrivent cette mesure comme prise en faveur des *miseri debitores*, ce qui affaiblit l'argument de PERNICE repris d'ailleurs par notre professeur, Mr MACQUERON, à la p. 267 de son cours:

Section 3. - L'introduction de délais

Primitivement aucun délai n'était prévu. Paul considère les exceptions comme perpétuelles⁽⁶⁷⁾. Elles attendent les demandes des créanciers⁽⁶⁸⁾. De 215 jusqu'à 228 les constitutions n'évoquent aucun délai⁽⁶⁹⁾. Alexandre-Sévère en impose un, sans précision, en 228⁽⁷⁰⁾. Nous en connaissons la durée

Il est jou

« la *cognitio extraordinaria*... crée cette anomalie imposée par des considérations d'ordre social... »

(67) D. 44,4,5;6 à propos de l'*e.d.* mais valable aussi pour l'*e.n.n.p.*: *quando conveniat*.

(68) COLLINET, p. 293 nous signale ce délai inconnu de Valerius Eudaemon. P. 287, la traduction de l'édit supposé ne concerner que la *q.n.n.p.* (voir *supra* n. 33) commence ainsi: « si quelqu'un poursuivi pour une dette n'a pas immédiatement dit qu'il ne doit pas... ». Cette hypothèse est celle de l'*exceptio n.n.p.* passive. Pour la rattacher à la *querela*, COLLINET pense que la poursuite pour dette mentionnée n'est pas déjà effectuée juridiquement par le créancier, mais est une potentialité et qu'« immédiatement » signifie en prenant les devants par une plainte-*q.n.n.p.* Plus littéralement, l'adverbe immédiatement nous indique que c'est sans délai que le débiteur doit contester les prétentions juridiquement exprimées du créancier.

(69) C. 4,30,1 à 7 et Nov. 18,8, soit 8 constitutions. *Contra* KRÜGER p. 5, qui interprète différemment le C. 4,30,4 de 215, de Caracalla. L'expression *nimum tarde* ne nous paraît pas expliquer le refus de l'*e.n.n.p.* par une prescription extinctive mais parce que la reconnaissance de dette était indubitablement causée; voir *infra* n. 87.

(70) C. 4,30,8: *intra legitimum definitum tempus... residuum tempus... sin vero legitimum tempus excessit...* Pour KRÜGER, p. 6, ce texte interprété désigne autant l'*e.n.n.p.* limitée à un an que la *querela*. Nous pensons que dans ce texte le terme de *querimonia* désigne la contestation judiciaire, le procès en général, et non pas la *querela*, plainte active du débiteur qui à cette époque n'était limitée par aucun délai. *Contra* COLLINET, pp. 292 à 296 et nn. 129, 138, 140, pour qui *querimonia* signifie *querela*, ce qui lui permet d'opposer les 2 moyens. Nous croyons à leur distinction (au contraire de MACQUERON, *Cours*, pp. 266-267), mais nous invoquons d'autres arguments, voir *infra* p. 237. Le texte sert aussi à COLLINET pour démontrer que l'intérêt majeur de la *querela* c'est de perpétuer l'exception, notamment pour l'héritier du débiteur. Nous croyons que c'est la mise en œuvre de l'exception par le débiteur *de cuius* qui a rendu celle-ci perpétuelle pour ses héritiers, voir *infra* p. 241. Finalement notre auteur utilise ce texte pour attribuer un délai à la *q.n.n.p.* dès cette époque, alors que nous

par une constitution du 7 avril 294 de Dioclétien ⁽⁷¹⁾. Ce délai d'un an fut introduit dans les années précédant de peu 228, après la constitution de 223 qui n'en fait aucune mention ⁽⁷²⁾, aux alentours de 225 par une constitution qui ne nous a pas été conservée ⁽⁷³⁾.

C'est une mesure de procédure destinée à ne pas faire traîner les procès en longueur ⁽⁷⁴⁾. D'un côté le débiteur bénéficiera d'un délai de grâce, mais strict, interdisant toute manœuvre dilatoire au-delà de sa durée.

L'année est à compter à partir de la plainte en justice du créancier ⁽⁷⁵⁾, exactement à compter de la mise en demeure faite

croyons que cette loi ne concerne que l'exception et que c'est plus tardivement que la *querela* fut nantie de délais, voir *infra*, p. 238.

(71) *Codex Herm. Visi.* 1,1: *Exceptionem non numeratae pecuniae non anni sed quinquennii...* SCHULZ, *Classical roman law*, p. 480 croit tous les autres textes concernant l'*e.n.n.p.* interpolés sauf celui-ci. Nous ne partageons pas ses doutes. Le manuscrit de ce texte est lu de deux manières. Nous avons adopté la lecture de CUJAS (*exceptionem non numeratae pecuniae*). COLLINET, p. 296 n. 142; p. 292 n. 128; p. 293; *NRH* 33, pp. 185-187, lit *ex cautione non numeratae pecuniae*. Même en lisant ainsi le texte, il ne ferait pas référence à la *q.n.n.p.* comme le veut cet auteur, mais à la *condictio cautionis*, ce qui n'est pas le cas. Voir *infra* n. 224. De plus les termes spécifiques *n.n.p.* font plutôt présumer le mot *exceptio*.

(72) C. 4,30,7, dont COLLINET, p. 295 n. 137 tire des conclusions originales. Bien que ce texte ne mentionne que la *condictio* et l'*e.n.n.p.*, il prouverait pourtant que la *querela* n'était pas limitée à cette époque par un délai, sinon cela aurait été mentionné. Nous estimons pour cette période la *querela* imprescriptible tout en refusant cet argument a contrario.

(73) C'est aussi l'estimation temporelle de COLLINET, p. 295, mais lui pense que le C. 4,30,8 s'applique à la *querela* et non à l'*e.n.n.p.* Une autre constitution, la C. 2,6,3 de 240 de Gordien, invoque un délai, *nec temporis spatium*, appliqué nominativement à l'*exceptio*, sans mention de *querela*. Pour COLLINET, p. 303, évidemment le texte par le terme *exceptio* vise en fait la *querela*.

(74) *Contra* COLLINET, p. 293 qui y voit un délai de prescription s'appliquant à la *querela* active et destiné à compenser l'anormalité de son renversement de la preuve depuis 215, ce qui avantagerait trop les débiteurs; voir *supra*, n. 63. Nous pensons que ce n'est que beaucoup plus tard que la *querela* a connu conjointement un délai et un changement de charge de preuve, et que ces textes ne concernent que l'*exceptio*.

(75) C. 4,30,8: *nulla querimonia usus... in querimonia creditore minime*

au débiteur⁽⁷⁶⁾. C'est une année utile, celle que l'on retrouve dans les remèdes honoraires comme l'*in integrum restitutio*⁽⁷⁷⁾. Le débiteur saisi en justice différera le procès durant ce laps de temps en opposant son exception. Il pourra ainsi réunir les preuves contraires qu'il opposera à celles présentées par le créancier avec sa demande, et peut-être les fonds à rembourser s'il les doit vraiment. On dit que l'exception a été introduite pour lutter contre les prêts fictifs et usuraires. Or ceci ne peut être constaté par le juge qu'*a posteriori*. Il faut donc prévoir des délais pour le rassemblement par le débiteur de ses arguments réputés plus difficiles car négatifs⁽⁷⁸⁾. Sinon l'exception ne pourrait pas remplir sa mission.

Si le débiteur avant de décéder a opposé dans l'année de la réclamation du créancier l'*e.n.n.p.*, son héritier aura tout le temps pour poursuivre la procédure et rassembler les contre-preuves⁽⁷⁹⁾. Si le défunt n'avait pas réagi à la mise en demeure, le délai courra contre l'héritier qui ne pourra soulever l'*e.n.n.p.* que dans l'an-

deducto. Nous avons déjà dit que pour COLLINET et KRÜGER, *supra* n. 70, *querimonia* ne signifiait pas réclamation du créancier mais *q.n.n.p.*

(76) C. 4,30,8: *legitimum tempus*. Contra CAPITANT, p. 101: délai limité... à dater de la rédaction de l'acte; KRÜGER, pp. 2 et 3. A l'objection que le créancier n'aurait qu'à attendre un an après l'échéance pour rendre prescrite l'exception de son débiteur, KRÜGER réplique que le défendeur bénéficie aussi d'une *querela* active, une *Feststellungsklage*. L'auteur prétend ensuite que cela n'aurait pas de sens de faire partir ce délai de la mise en demeure, critique que l'on pourrait lui retourner.

(77) Pro KRELLER, pp. 312-315. COLLINET, pp. 292 et 293 hésite entre la solution de l'échéance du billet et celle de la poursuite par le créancier de l'exécution de la dette, pour finalement choisir la première. Voir *infra* p. 242-243.

(78) Voir *supra* p. 221 n. 66. Même si le créancier doit d'abord présenter ses propres preuves, il bénéficie de l'avantage d'un écrit ce qui oblige le débiteur en pratique à ne pas rester entièrement passif quoiqu'il en ait le droit. Voir *supra* n. 60 et n. 65.

(79) C. 4,30,8: *adversus heredem ejus perpetuo competit*. Pour COLLINET, voir *infra* p. 241, le texte vise la mise en œuvre d'une *querela* par le débiteur, ce qui perpétue le droit à l'exception pour l'héritier.

née suivant la réclamation⁽⁸⁰⁾ sous peine de forclusion⁽⁸¹⁾. Si l'héritier n'a pu connaître la procédure entamée contre son ayant droit décédé avant la fin de l'année utile, une nouvelle mise en demeure impliquant un nouveau sursis devra être faite contre lui⁽⁸²⁾.

Le sursis fut ensuite porté à cinq ans par Dioclétien dans le cadre de sa lutte contre l'inflation et l'usure, destinée à protéger les faibles revenus⁽⁸³⁾. Les constitutions dioclétiennes ne précisent pas de durée⁽⁸⁴⁾; celle-ci nous est connue par le Code Her-

(80) C. h.l.: *residuum tempus ejus heres habebit.*

(81) C. h.l.: *sin vero legitimum tempus excessit... heres ejus... debitum solvere compellitur.*

(82) C. *Herm. Visi.*, 1,1: *anni spatio deficere.*

(83) LEVY, *op. cit.* pp. 231, 236; Weström. *Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, p. 49, estime le délai à partir de l'échéance du billet sous Dioclétien et à partir de la demande en justice sous Justinien. Les textes ne l'indiquent pas, surtout Justinien qui n'aurait pas manqué de rappeler son innovation. Pour LEVY, sous Dioclétien, pour que l'exception puisse être opposée en défense, il faut d'abord qu'elle ait été soulevée activement sous forme de *querela*, ce qui implique son absorption par une *querela* soulevable 5 ans après l'échéance du billet par le débiteur se plaignant de n'avoir encore rien reçu ou pas assez. Ces 5 ans de silence présument de la mauvaise foi du créancier qui devrait apporter ses preuves. KASER, *Römisches Privatrecht*, p. 278 pense que sous Dioclétien, puis Justinien, le délai part de la rédaction du billet (*seit der Ausstellung*).

(84) C. 4,2,5 pr. (293). COLLINET, p. 289 n. 108, p. 293 et p. 296 n. 141 et 142, considère que le texte désigne la *querela* alors qu'il vise l'*exceptio*. C. 4,9,4. Pour COLLINET cela traite de *condictio* (p. 296 n. 139) et de *querela* (p. 293 n. 130) alors que le texte mentionne bien la *condictio cautionis*, mais pas l'*e.n.n.p.*

C. 4,30,9 et 10 (293-294). Dans la 9 le mot *querela* est employé, mais juste avant lui la constitution parlait d'exception. L'expression est *querela rei* et non *q.n.n.p.*, ce qui signifie contestation, opposition de prétentions et se rapporte à l'*exceptio*. La 10 traite de l'*e.n.n.p.*, limitée dans le temps, et de la *q.n.n.p.*, elle sans délai, voir *infra* p. 238-239. COLLINET, p. 296 et n. 140 lit différemment ces textes: la prescription extinctive n'a de sens que pour la *querela* qui sinon avantagerait trop le débiteur et dont on a dû restreindre la portée; « *L'exception est perpétuelle car il ne dépend pas de celui qu'elle protège qu'elle puisse servir en temps utile... le créancier mal-honnête se garderait d'agir dans le délai pour ne pas donner à son adversaire la possibilité d'opposer l'exception* ». COLLINET est amené à cette

mogénien et Justinien ⁽⁸⁵⁾.

conclusion car il fait partir les délais de la date d'échéance, comme KRÜGER, voir n. 76. Les textes incriminés ne désignent donc pour lui que la *querela*. Or il se contredit, car à la page 300 il estime que ces mêmes textes concernent l'*exceptio* et ont renversé la charge de la preuve pour celle-ci. Au gré de sa convenance, les mêmes textes désignent exclusivement la *querela* quant aux délais et l'*exceptio* quant à la preuve. COLLINET reconnaît à la page 295 que sa lecture des constitutions dioclétiennes n'est pas celle de la doctrine en général, mais elle lui semble à la page 296 la plus logique. Même si on fait partir les délais de l'échéance du billet, les textes dioclétiens ne sont pas obligés logiquement de désigner la *querela* mais peuvent s'appliquer à l'*exceptio*. Le délai joue aussi contre le créancier qui devra apporter la preuve de la remise des fonds puisque l'exception renverse cette charge. Or plus il attend, plus cette preuve sera difficile pour lui aussi. Nous signalons ce point de vue sans le partager car comme les délais partent de la mise en demeure, une fois l'exception prescrite, s'il ne veut pas rembourser, le débiteur devra faire lui-même la preuve de la non numération par une défense *in factum*. COLLINET, p. 296 n. 145 critique la conception d'ACCARIAS, *Pandectes* 2, 1079, n. 2, que nous n'approuvons pas mais qui nous semble préférable à la sienne car ne supposant pas d'interpolations. Les deux auteurs s'accordent sur le point de départ des délais, l'échéance, mais ACCARIAS pense que les textes de Dioclétien concernent l'*exceptio*. Devant l'inaction prolongée du créancier attendant la prescription de l'exception opposable, le débiteur peut se dégager en récupérant son écrit par la *condictio cautionis* du C. 4,30,7 (pour KRÜGER en opposant une *querela*, voir *supra* n. 76). Pour ACCARIAS les constitutions n'ayant pas encore décidé à cette époque du renversement de la charge de la preuve pour l'exception, le créancier fait prescrire cette défense de son débiteur « *sauf à prouver la numération* », c'est-à-dire qu'il supportera la charge de la preuve qui relevait avant de son débiteur. Nous refusons ce deuxième argument qui suppose interpolées toutes les constitutions précédentes ayant renversé la charge de la preuve dans l'exception.

(85) C. *Herm. Visi.*, 1,1: *exceptionem non numeratae pecuniae non anni sed quinquenni spatio deficere nuper censuimus*. Voir *supra* n. 71. COLLINET, p. 289 n. 111, p. 296 n. 142 qui ne lit pas au début *exceptionem* mais *ex cautione*, pense que le texte concerne la *querela*. L'emploi du mot *contestatio* dans l'*interpretatio* de la constitution renforce son opinion. Ce terme d'ailleurs générique indiquant plutôt la protestation contre une demande abusive désigne surtout l'exception. Voir *infra* n. 112. C. 4,30,14 pr. de 528: *non intra quinquennium non numeratae pecuniae exceptionem objicere possit*. « *Objicere* » comme « *deficere* » veut dire opposer en justice. Il s'agit donc bien d'années comptées après mise en de-

Justinien ensuite ramena ce délai de l'exception à 2 ans ⁽⁸⁶⁾.

Section 4. - Le refus de l'exception en cas d'aveu du débiteur

L'aveu comprend le paiement de la dette et la causation du billet.

meure judiciaire. LÉVY, voir *supra* n. 83, en tire les conséquences qui s'imposent pour la période de Justinien uniquement. Or le texte dit *quod antea constitutum erat*. Il se réfère donc aux lois antérieures. Le délai est donc toujours parti de la date de mise en demeure. COLLINET, p. 297 et *Études Historiques*, 3, 298 prétendant que les constitutions antérieures (celles de Dioclétien) ne désignaient que la *querela* et non l'*exceptio* (voir note précédente) croit en une erreur de vocabulaire de Justinien. Cette erreur serait répétée au I. 3,21,1 qui reprend la même idée, de textes précédents limitant l'exception par des délais: *hoc enim saepissime constitutum est*; il s'agirait en fait de la *querela*.

(86) COLLINET, p. 297 note avec raison que le délai justinien s'applique autant à la *querela* qu'à l'exception, ce qui expliquerait la soi-disant confusion de Justinien au C. 4,30,14 pr. qui aurait présenté les textes antérieurs comme ayant imposé eux aussi des délais à l'*e.* alors qu'il s'agirait de *querela*: voir *supra* n. 85. Ce nouveau délai justinien généralisé est rappelé en outre au C. 4,30,14 §3; §4; aux *Institutes* 3,21,1 et 4,13,2. Pour COLLINET, Justinien aurait rendu connexes *querela* et *exceptio*: voir *infra* p. 249. Si après 2 ans (et non plus 5 ans comme sous Théodose, voir *infra* p. 244) à compter de la date d'échéance du billet — (au contraire du cas d'*e.* où le délai non de prescription mais de grâce part de la mise en demeure du créancier. Cette solution est la seule logique pour la *querela*, COLLINET a raison de la lui appliquer mais tort de croire que les textes qu'il cite ne concernent pas plutôt l'exception. Voir *infra* n. 169). —, le débiteur n'a pas réclamé le versement des fonds par une *querela* active, il ne bénéficierait plus d'une *exceptio* passive contre un créancier qui lui réclamerait le remboursement de ces fonds litigieux. Le débiteur non payé aurait deux ans pour réclamer son argent. S'il ne le faisait pas, c'est qu'il serait négligent ou qu'il l'aurait reçu. Cette lecture est inadmissible. Cela reviendrait à présumer la mauvaise foi chez le débiteur. Dans ce cas pourquoi Justinien aurait-il voulu renverser à son profit la charge de la preuve? (pour COLLINET cette mesure date de cet Empereur en ce qui concerne l'*e.* voir *ibid.*, p. 301). En outre, en droit romain, même byzantin, la mauvaise foi ne se présume pas. Enfin la lecture collinienne est étrangère aux sources. Voir *infra* p. 249.

§ 1. LE PAIEMENT DE LA DETTE

En versant des acomptes à valoir sur le tout, ou en remboursant la dette reconnue, le débiteur perd son droit à l'exception⁽⁸⁷⁾. En droit romain aussi tout paiement suppose une dette⁽⁸⁸⁾.

§ 2. LE BILLET CAUSÉ

Si l'écrit de la stipulation ou du *mutuum* indique le versement de fonds au débiteur⁽⁸⁹⁾, le billet ainsi causé est inattaquable par l'*e.n.n.p.*⁽⁹⁰⁾.

(87) Ainsi qu'à la *querela*: C. 4,30,4 de 215 de Caracalla: *cum fidem cautionis agnoscens*. Sauf en cas de paiement par erreur, ou partiel, non acompte, les sommes versées ne sont pas répétibles. Constitution lue différemment par KRÜGER, p. 5 (voir *supra* n. 69). Pour lui le texte vise non l'*e.n.n.p.* mais la *querela* refusée car présentée hors délai et non parce que le débiteur aurait reconnu sa dette en la payant. Le texte nous semble concerner l'*e.* et la *q.* L'expression *numerata pecunia... querelam deferre* fait allusion aussi à l'*e.* *Querelam deferre* signifie protester juridiquement et *numerata pecunia* se rapporte à *deferre* et non à *querelam*, sinon ce serait *numeratae pecuniae*. Nous traduirons par « protester de ce que l'argent n'a pas été versé » et non par « soulever la *q.n.n.p.* ».

(88) C'est un raisonnement en équité, à l'allemande, et non en vertu de la cause finale. La preuve en est que l'indu n'est pas répétable, même si la cause du remboursement est inexistante.

(89) Quant à la stipulation écrite, c'est pour des motifs d'équité que le versement constaté la rend inattaquable; quant au *mutuum*, c'est pour des raisons de cause efficiente.

(90) C. 4,30,5 d'Alexandre-Sévère de 223. Pour LEVY, p. 234, c'est l'hypothèse d'un débiteur de service rendu qui, non solvable, signa une reconnaissance de dette. Ce débiteur ne pourrait pas soulever l'exception car sa dette a une juste cause, est la contrepartie d'un service équivalent. Le texte ne décrit pas avec précision cette novation et le refus de l'*e.* n'est pas basé sur une théorie de la cause de l'obligation novée, mais en équité comme le prouve l'expression *justa causa*. Une autre constitution, C. 2,6,3 de 240 de Gordien, contient la même règle. Un débiteur ayant souscrit une simple promesse non causée et ayant effectivement reçu un service mais pas d'argent peut opposer l'*e.n.n.p.* Par contre au C. 4,30,11 de 293 de Dioclétien, l'*e.n.n.p.* est refusée car la promesse de payer indique sa cause efficiente, service rendu ou chose échangée (*transactionis causa*)

Justin, en décidant que toute cause efficiente mentionnée, versement des fonds ou service rendu ⁽⁹¹⁾, empêche l'application de l'*e.n.n.p.* ⁽⁹²⁾, ne fait que rappeler une règle antérieure ⁽⁹³⁾.

Justinien décida que le billet causé pourrait être contesté dans les 30 jours après mise en demeure par une *e.n.n.p.*, alors que le délai reste de 2 ans pour le billet non causé ⁽⁹⁴⁾. Le principe classique de la non contestation du billet causé restant exposé aux *Institutes* ⁽⁹⁵⁾, cette solution choque la logique juridique malgré la limitation de sa portée par un bref délai. Ce délai ne peut partir que de la mise en demeure; s'il partait de l'échéance, le créancier n'aurait qu'à rester silencieux un mois après cette date pour empêcher le débiteur d'opposer l'*e.* à sa demande. Il serait inutile d'introduire des recours pour les débiteurs par des lois,

et sûrement pas parce que l'*e.* ne vaudrait que pour les prêts d'argent *stricto sensu*. Voir *infra* n. 108 et 109.

(91) C. 4,30,13: *pecuniis ex antecedente causa descendantibus*. Ce terme *causa* ne doit pas nous confondre. L'*e.* est refusée en équité et non d'après la cause finale: *nimis enim indignum esse... quod sua quisque voce dilucide protestatus est...* il serait indigne... de contester ce qu'on a reconnu avoir clairement reçu. C'est donc la *causa efficiens*. ?

(92) Le débiteur récalcitrant ne peut que prouver le faux: C. *h.l.*

(93) Puisque nous interprétons le C. 4,30,11 et le C. 2,6,3 comme proposant la même solution. Voir *supra* n. 90. On peut citer d'autres textes refusant *actio* ou *e.* contre les écrits explicites: C. 8,42,6 de 239; C. 13,21,23; C. 8,35,7 et les lois classiques D. 46,4,19,1 et D. 22,3,25,4. Ce dernier fragment de Paul sur la valeur probatoire du billet causé n'est pas interpolé (voir *supra* n. 17). *Contra* GIRARD, *Manuel*, p. 503 et CAPITANT, p. 102, qui font partir la distinction billet causé et billet non causé du texte de Justin. Pour R. VILLERS, *Rome et le droit privé*, p. 363, il s'agit non de cause efficiente, mais de cause finale: « la distinction faite par le texte de Justin entre billet causé et billet non causé est un des exemples qui montrent que les Romains ont fait appel à la notion de cause finale, mais uniquement envisagée comme remède au caractère abstrait de certains engagements ». La restriction finale nuance beaucoup l'affirmation première. C'est en équité qu'on aurait pris en considération la cause finale, ce qui veut dire qu'elle n'est pas nécessaire au raisonnement juridique sur l'obligation. Dans ce cas, autant en faire l'économie.

(94) C. 4,30,14 2

(95) Inst. III, 21.

puisque les créanciers pourraient eux-mêmes en régler l'application.

Section 5. - Caractère personnel de cette défense

§ 1. LE TRANSPORT DE L'EXCEPTION

L'*e.n.n.p.* est intransmissible, hormis le cas de succession ⁽⁹⁶⁾. En cas de novation par changement de débiteur (*delegatio debiti*) ⁽⁹⁷⁾, le nouvel obligé ne peut pas invoquer cette *e.* personnelle pour se libérer ⁽⁹⁸⁾, même si la novation indiquait une subrogation des droits ⁽⁹⁹⁾. Le mandataire ou le fidéjusseur bénéficient eux de l'exception en vertu de la règle de la représentation ⁽¹⁰⁰⁾.

§ 2. SON OPPOSABILITÉ PAR VOIE OBLIQUE

L'*e.* est invocable par voie d'action oblique ⁽¹⁰¹⁾. Les tiers créanciers concourant avec le porteur du billet non causé peuvent l'écartier en lui opposant l'*e.n.n.p.* à la place de leur débiteur négligent. Ils doivent soulever l'*e.* dans les deux ans de la demande du créancier porteur du billet ⁽¹⁰²⁾.

Étrangement, si les créanciers concurrents ont échoué à l'exception, ne pouvant combattre les preuves du créancier porteur du billet, le débiteur originel ou son fidéjusseur peuvent à leur tour opposer cette *e.* une seconde fois contre le même porteur ⁽¹⁰³⁾.

(96) C. 4,30,8 et 14 pr.: *vel successor ejus*.

(97) La cession de dettes inconnue en droit français et romain est autorisée en Allemagne: *BGB* §414.

(98) C. 4,30,6 d'Alexandre-Sévère de 223.

(99) Gaius, *Epit.* 2,9,11.

(100) C. 4,30,12 de 293 de Dioclétien qui constate une règle antérieure.

(101) C. 4,30,15.

(102) Cette règle vaut aussi pour la *querela* bien que non assimilée à l'*e.* par Justinien, voir *infra* p. 248. Les tiers créanciers peuvent prendre l'initiative et contester l'écrit de leur concurrent avant que celui-ci n'ait réclamé les fonds à leur débiteur.

(103) « *Ut neque principali debitori, neque fidejussori ejus aliquod praejudicium generetur* ». Pour cette obligation, le raisonnement en équité l'emporte sur le causal.

Section 6. - Caractère d'ordre public

Toute renonciation avant le litige écartant le recours à l'exception est nulle et inexistante⁽¹⁰⁴⁾. La constitution de Justinien qui justifie ceci en équité par l'ordre public⁽¹⁰⁵⁾ n'innove pas. Quand l'exception était dans la formule, le prêteur l'imposait aux parties; le droit formaliste était corrigé en équité. Sous la procédure extraordinaire, surtout après Dioclétien, les palliatifs d'équité furent théorisés en ordre public, protection sociale décidée par l'État, aux fonctions multipliées en faveur des parties dans leurs rapports juridiques à la liberté consensuelle paradoxalement accrue. *L'e.n.n.p.* marque non l'arrivée de la cause sur la scène juridique romaine comme le pensent MM. Giffard, Macqueron et Capitant⁽¹⁰⁶⁾, mais le passage de l'équité à l'ordre public.

Section 7. - Les prêts simulés

Une constitution de Gordien déjà mentionnée⁽¹⁰⁷⁾ décide que l'exception vaut aussi pour des débiteurs non de prêts mais de services⁽¹⁰⁸⁾. Dioclétien n'en décida pas autrement⁽¹⁰⁹⁾.

(104) C. 4,30,16 de 531 de Justinien. L'accord par avance du débiteur d'être directement déféré au serment décisoire et d'être considéré comme *indefensus* sans pouvoir opposer d'autres moyens s'il ne jure pas est nul.

(105) C. *h.l.*: « *in foeneratiis cautionibus* » en considération de ces titres usuraires.

(106) Voir *supra* p. 210 n. 3 et p. 212 n. 17.

(107) Voir *supra* nn. 73 et 90; C. 2,6,3 de 240.

(108) Un avocat maquille les honoraires qui lui sont dus sous forme de prêts d'argent que le débiteur promet de rembourser. Le billet n'est qu'une promesse de payer comportant sans doute renonciation à l'exception (voir Section précédente) et non pas une reconnaissance causée et non équivoque, comme quoi l'avocat rusé manquait de finesse juridique. *L'e.n.n.p.* est applicable dans l'année de mise en demeure par l'avocat si le débiteur n'a pas consenti entre-temps à sa dette en la payant (voir *supra* p. 228, Sect. 4, §1). Le texte signale aussi la possibilité de récupérer le billet par une *condictio*, voir *infra* p. 259.

(109) Au C. 4,30,11 si l'exception est refusée, c'est *transactionis causa*, parce que le billet était causé en indiquant une transaction équivalente à

Le débiteur civil, même emprunteur fictif, dispose de l'*e.n.n.p.* bien que celle-ci soit personnelle ⁽¹¹⁰⁾.

Un autre mode de simulation peut affecter la *res* empruntée. La promesse porte que de l'huile sera rendue alors que de l'argent a été versé. C'est une précaution anti-inflationniste. Par équité l'*e.n.n.p.* reste opposable ⁽¹¹¹⁾. Le reçu semblant non équivoque, causé *ex oleo accepto*, l'exception ⁽¹¹²⁾ devrait être refu-

la somme déclarée due. Ce texte ne restreint pas l'application de l'*e.n.n.p.* aux prêts d'argent, au contraire. Voir *supra* n. 90.

(110) Voir *supra* p. 230, Sect. 5, § 1. C. 4,2,5 de Dioclétien de 293. Une personne promet de payer une somme versée à une autre. Le promettant n'est pas codébiteur *in solidum* du bénéficiaire réel du prêt, ni son fidéjusseur, ni sa caution (*sponsor*) garantissant le remboursement. Il peut quand même opposer l'*e.n.n.p.* dans les 5 ans de la demande du créancier. Pour KRÜGER, p. 7, pour bénéficiaire de cette exception passive, le débiteur devrait dans les 5 ans de l'échéance du billet porter plainte par la *querela, Feststellungsklage* nécessaire à la mise en œuvre de l'exception.

Une autre constitution de Dioclétien, le C. 8,39,3 de 294, montre que si les autres débiteurs s'étaient engagés solidairement par une stipulation, si l'un d'eux avait reçu des fonds, les autres ne pourraient pas se protéger par l'exception contre une demande en remboursement dirigée contre eux. C'est une conséquence de la théorie de la représentation des débiteurs *in solidum*. S'il n'y a pas de négligence délictuelle ou contractuelle de la part du créancier qui ne leur a rien versé, ils ne peuvent rien lui réclamer ni lui opposer à une demande de remboursement (sauf un enrichissement sans cause) et doivent se retourner contre le débiteur qui a réellement reçu les fonds. C'est aussi vrai actuellement (art. 1208 C.C.).

(111) C. 4,2,5 de 293 de Dioclétien. La conclusion résume les conditions: le signataire ne doit pas être codébiteur solidaire du bénéficiaire, la reconnaissance de dette ne doit pas être causée, l'exception doit être présentée en temps voulu.

(112) Ce texte est lu différemment par COLLINET, pp. 289 et 296. Il viserait non l'*e.* mais la *g.* Le terme *contestatio* d'après le contexte désigne l'*e.*, car il n'y a pas de plainte, mais au contraire un moyen de défense. Au C. 4,9,4, il est vrai, *contestatio* signifie *querela*. Ce terme, pas plus que celui de *denuntiatio* n'a un sens juridique précis. *Denuntiatio* désignerait plutôt la *querela*, sauf au C. 4,30,14 § 4 dans un texte de Justinien comparant *querela* et *exceptio*. Pour PERNICE ces expressions désignent la protestation générique d'un débiteur contre un porteur de billet (*Z.S.S.*, 13, 280 sq.). Voir *infra*, n. 185.

sée⁽¹¹³⁾. Les Romains n'ayant pas de théorie de la cause s'écartent de la logique pour le billet causé. C'est une question de faits appréciés librement en équité par le juge. Il en va de même pour l'apparence dans le prêt. L'apparence a prévalu pour les honoraires de l'avocat assimilés à un prêt d'argent; maintenant c'est la réalité qui l'emporte, les règles du prêt d'huile sont appliquées à un prêt d'argent simulé. C'est par souci de protection des obligés⁽¹¹⁴⁾, pour l'ordre public qu'on en arrive à ces contradictions.

Sous Justinien, il n'y eut plus besoin de simuler la *res car l'e.n.n.p.* est aussi accordée au prêt, dépôt ou commodat *rerum certarum datarum*⁽¹¹⁵⁾.

Section 8. - Moyen informel et droit naturel

Si une des conditions nécessaires à la mise en œuvre de *l'e.n.n.p.* n'est pas remplie⁽¹¹⁶⁾, le débiteur n'est pas sans recours. Il bénéficie d'une défense informelle, *extra ordinem*, en équité, dont il devra prouver le bien fondé⁽¹¹⁷⁾. Cet ultime moyen de

(113) Ceci conforte la position d'auteurs ne faisant apparaître le refus de *l'e.n.n.p.* au billet causé que de Justin (voir *supra* n. 93). Ceci est un cas d'espèce car de nombreux fragments authentiques antérieurs à celui-ci et à Justin différencient billet causé et billet non causé pour ne protéger que ces derniers par *l'e.n.n.p.*

(114) Rappelant celle des impubères et incapables protégés quelque forme qu'ait revêtu leur obligation.

(115) C. 4,30,14,1 et 2: *...depositorum rerum...*; *datio certarum specierum*. Dioclétien au C. 4,2,5 cité autorisait déjà l'application de *l'e.n.n.p.* à ce cas.

(116) Billet causé, délai dépassé, signataire codébiteur solidaire du bénéficiaire.

(117) Le C. 4,30,10 de 293 de Dioclétien sur la distinction *querela* et *exceptio* mentionne aussi cette défense *in factum* opposable une fois les délais de l'e. écoulés. Voir *supra* n. 84 et *infra* n. 120. Le C. 4,30,9, même date, même auteur, parle d'exception *in factum* opposable hors délai à condition de satisfaire aux exigences de la loi: « *in factum esse dandam exceptionem convenit... si intra hoc in testando juri paritum sit* », c'est-à-dire en apportant la preuve de la non numération.

droit, reconnu comme d'ancienne pratique par Dioclétien, semble avoir été supprimé par Justinien ⁽¹¹⁸⁾.

Ce moyen informel avantageant le débiteur est la contre-partie de la subsistance désavantageuse pour lui de l'obligation du créancier en tant qu'obligation naturelle, quand elle est inexigible. L'obligation civile contestée par le débiteur et dont le créancier n'a pas pu fournir la preuve de la réalité subsiste comme naturelle. Le débiteur imprudent qui aurait remboursé une obligation non prouvée par le créancier ne pourrait pas répéter la somme par la *condictio indebiti*. N'ayant pu apporter la preuve réclamée, le créancier a une cause d'action fondée sur le droit naturel, mais pas de droit, de voie d'action ⁽¹¹⁹⁾. L'obligation naturelle pourrait se retransformer en civile par novation ou si le débiteur acceptait un constitut.

Section 9. - Refus de l'exception si la somme promise n'excède pas usurairement la somme versée

L'*e.* s'applique en cas de somme entièrement non versée et en cas de somme versée, moindre que celle promise, surtout au cas

(118) C. 4,30,14,3 de 528 de Justinien. Ce fragment refuse au débiteur le bénéfice du serment décisoire une fois les délais de l'*e.* écoulés. Cela doit être étendu à tout autre moyen de preuve que le débiteur apporterait hors délai, *in factum*. Si cette loi dénonce cette pratique, c'est qu'elle existait auparavant. *Contra* KASER, *Das Römische Privatrecht*, 2, p. 278 qui traduit subjectivement la dernière phrase du C. 4,30,8 de Sévère Alexandre de 228: « *sin vero legitimum tempus excessit, ...debitum solvere compellitur* » — s'il a laissé écouler le délai légal il sera poussé à payer sa dette. *Compellitur* ne veut pas dire être obligé sans alternative possible, mais subir une influence certaine mais non décisive, contre laquelle on peut réagir, dans notre cas par une défense *in factum*. Pour KASER, passé le délai, le billet ne peut plus être contesté: « *Nach Fristablauf macht die unangefochtene Urkunde über die Auszahlung unwiderleglichen Beweis* ». Le Bas Empire aurait confondu le droit avec la procédure de la preuve le concernant: « *So sieht die vulgäre Auffassung die das Recht mit seiner Beweisbarkeit auf eine Stufe stellt* ». Cette conception est byzantine et non romaine.

(119) Sur l'obligation naturelle dans l'*e.n.n.p.*: C. 4,30,10 *naturalis ratio*; C. 4,19,23 *rerum natura*; en général: D. 46,1,16,4; D. 15,1,41;

de *mutuum*, à condition que la différence corresponde à des intérêts usuraires⁽¹²⁰⁾. Il faut que cette différence entre somme versée et promise dépasse les intérêts légaux, qui de 12 % sous Dioclétien⁽¹²¹⁾ furent ramenés à 6 % par Justinien, qui interdit l'anatocisme⁽¹²²⁾.

Le texte de Dioclétien mentionne une *querela rei* qui s'entend dans le sens de contestation judiciaire, demande en justice du créancier à laquelle s'oppose une exception du débiteur⁽¹²³⁾.

D. 35,1,40,3. Comme l'*e.n.n.p.*, le droit naturel est fondé en équité, *vinculum aequitatis*.

(120) C. 4,30,9 de 293 de Dioclétien qui nous rappelle le délai de présentation de l'exception et emploie l'expression *in factum* pour désigner stricto sensu l'*e.* hors délai (voir *supra* n. 117) et lato sensu la normale dans les délais pour somme moindre comptée (*si... vel si...*). Sous Dioclétien le temps de la formule est passé et toutes les exceptions et défenses sont informelles, *in facta*.

(121) Sauf en cas de *nauticum fenus* pour lequel il n'y aurait pas dans ce cas d'*e.* Paul, *Sent.* II,14,3.

(122) Les intérêts futurs dus sont assimilés au capital et produisent eux aussi des intérêts: C. 4,32,28 de 529. Caracalla au C. 4,32,10 avait limité cette pratique en décidant que les intérêts ne seraient plus dus quand par leur accumulation ils forment une somme égale au capital; si les intérêts ont été payés régulièrement et si leur montant correspond au capital, celui-ci n'est plus dû. Cette loi qui limitait le prêt maritime fut reprise par Justinien, *Nov.* 121, c. 2.

(123) Le terme a souvent ce sens dans le *Digeste* et le *Code de Justinien*:

— *Querela de non jure facto nec signato testamento*: D. 5,3,47.

— *Querela falsi testamenti*: C. 9,22; C. Th. 9,19.

— *Querela* au sens d'appel à une instance de réformation: D. 5,1,75; D. 49,4,1,15; D. 2,8,10 pr.; D. 2,8,9; D. 49,2,2; C. 7,43,3.

— *Querela* au sens de plainte en justice: C. 5,4,7; C. 2,4,8; C. 7,43,3; C. 9,35,10; C. 3,39,3 et 4; C. 3,28,14; C. 9,2,8; C. 9,2,4; D. 48,2,21; D. 48,5,12,5 et 6; D. 48,2,13; C. Th. 10,4,1 (= C. 3,26,9); C. Th. 9,17,4 (= C. 9,19,4,1); C. Th. 11,6,7; C. Th. 16,2,12...

Contra KRÜGER, pp. 7-8 pour qui *querela rei* désigne *q.n.n.p.* Le débiteur qui voudrait user de son exception dans les temps impartis devrait commencer par porter plainte par la *querela, Feststellungsklage*. L'auteur, p. 8, lit ainsi aussi le C. 4,30,10. Voir *supra* n. 84 sur la lecture de COLLINET. Voir *infra* n. 140.

de *mutuum*, à condition que la différence corresponde à des intérêts usuraires⁽¹²⁰⁾. Il faut que cette différence entre somme versée et promise dépasse les intérêts légaux, qui de 12 % sous Dioclétien⁽¹²¹⁾ furent ramenés à 6 % par Justinien, qui interdit l'anatocisme⁽¹²²⁾.

Le texte de Dioclétien mentionne une *querela rei* qui s'entend dans le sens de contestation judiciaire, demande en justice du créancier à laquelle s'oppose une exception du débiteur⁽¹²³⁾.

D. 35,1,40,3. Comme l'*e.n.n.p.*, le droit naturel est fondé en équité, *vinculum aequitatis*.

(120) C. 4,30,9 de 293 de Dioclétien qui nous rappelle le délai de présentation de l'exception et emploie l'expression *in factum* pour désigner stricto sensu l'*e.* hors délai (voir *supra* n. 117) et lato sensu la normale dans les délais pour somme moindre comptée (*si... vel si...*). Sous Dioclétien le temps de la formule est passé et toutes les exceptions et défenses sont informelles, *in facta*.

(121) Sauf en cas de *nauticum fenus* pour lequel il n'y aurait pas dans ce cas d'*e.* Paul, *Sent.* II,14,3.

(122) Les intérêts futurs dus sont assimilés au capital et produisent eux aussi des intérêts: C. 4,32,28 de 529. Caracalla au C. 4,32,10 avait limité cette pratique en décidant que les intérêts ne seraient plus dus quand par leur accumulation ils forment une somme égale au capital; si les intérêts ont été payés régulièrement et si leur montant correspond au capital, celui-ci n'est plus dû. Cette loi qui limitait le prêt maritime fut reprise par Justinien, *Nov.* 121, c. 2.

(123) Le terme a souvent ce sens dans le *Digeste* et le *Codex Justiniani*:

— *Querela de non jure facto nec signato testamento*: D. 5,3,47.

— *Querela falsi testamenti*: C. 9,22; C. Th. 9,19.

— *Querela* au sens d'appel à une instance de réformation: D. 5,1,75; D. 49,4,1,15; D. 2,8,10 pr.; D. 2,8,9; D. 49,2,2; C. 7,43,3.

— *Querela* au sens de plainte en justice: C. 5,4,7; C. 2,4,8; C. 7,43,3; C. 9,35,10; C. 3,39,3 et 4; C. 3,28,14; C. 9,2,8; C. 9,2,4; D. 48,2,21; D. 48,5,12,5 et 6; D. 48,2,13; C. Th. 10,4,1 (= C. 3,26,9); C. Th. 9,17,4 (= C. 9,19,4,1); C. Th. 11,6,7; C. Th. 16,2,12...

Contra KRÜGER, pp. 7-8 pour qui *querela rei* désigne *q.n.n.p.* Le débiteur qui voudrait user de son exception dans les temps impartis devrait commencer par porter plainte par la *querela, Feststellungsklage*. L'auteur, p. 8, lit ainsi aussi le C. 4,30,10. Voir *supra* n. 84 sur la lecture de COLLETNET. Voir *infra* n. 140.

Section 10. - Réformes de Justinien concernant l'exception ⁽¹²⁴⁾

Le délai de 2 ans ne s'applique plus en cas de mineurs ⁽¹²⁵⁾. Le contestataire abusif et de mauvaise foi est condamné à rembourser le double de ce qu'il prétend ne pas avoir reçu. Si au lieu de s'enfermer dans sa négation, le débiteur une fois déféré au serment avoue sa dette avant que le créancier ne la prouve, il n'y a plus mauvaise foi et simple condamnation au remboursement ⁽¹²⁶⁾.

L'exception peut être opposée à des prêts autres que d'argent ⁽¹²⁷⁾.

Chapitre II

LA QUERELA NON NUMERATAE PECUNIAE

Section 1. - Forme classique

§ 1. GÉNÉRALITÉS

L'exception est passive ⁽¹²⁸⁾, s'oppose à une réclamation à l'initiative du créancier et est restreinte à une année utile après mise en demeure. En cas d'inaction du créancier, le débiteur ignorant

(124) Nous ne verrons là que des réformes de détail, réservant à plus tard la soi-disant confusion exception-*querela*. Nous ne parlerons pas des réformes de procédure (C. 4,30,14 §§3 et 4), de la contestation des dettes publiques (C. 4,30,14 §1), de la contestation de l'action en récupération de sa dot par la femme (C. 4,30,14 §5 de 528; Nov. 100 c. 1 de 539; C. 5,15,3 de 528 de *dote cauta et non numerata*. Sur cette *querela non numeratae dotis*, voir COLLINET, pp. 261 et 264). Ce sont des sujets dignes d'études séparées.

(125) C. 2,41,5 alors qu'Alexandre-Sévère au C. 4,30,8 ne faisait pas de cas particulier pour le *pupillus*.

(126) Nov. 18 c. 8.

(127) C. 4,30,14 pr., §1 et §2. Voir *supra* pp. 232-233 et n. 115.

(128) *Contra* GIRARD, p. 502 et MACQUERON, p. 266, pour qui *querela* et exception sont synonymes, désignant un moyen de défense passif ou actif au choix du débiteur.

ses intentions est dans l'insécurité et peut négliger de conserver les moyens de preuve à opposer à celles de la demande en remboursement (129). L'Empereur Caracalla (130), sensible à ces inconvénients, ajouta à l'*e.n.n.p.* un nouveau moyen d'action, la *querela non numeratae pecuniae* (131). Avant toute réclamation préliminaire du créancier, le débiteur peut lui présenter la *q.n.n.p.* afin de se libérer de sa promesse (132).

Le texte de Caracalla a déjà été évoqué (133). Il assimile les conditions d'application de la *q.* et de l'*e.*, sauf celles relatives aux délais et à la charge de la preuve.

(129) COLLINET, p. 294 résume les arguments de GOLDSCHMIDT (*Jherings Jahrbücher für die Dogmatik*, 24, 91) sur les inconvénients de l'exception: « Si de son côté le créancier n'engage pas son action, par là il ne permet pas au débiteur d'opposer l'exception. C'est pour de tels cas qu'un moyen fut donné à celui-ci de perpétuer le droit à l'annulation, la *querela*... ». La seule utilité de la *querela* n'est pas de perpétuer l'exception, ce n'est pas une *Feststellungsklage* comme le croit aussi KRÜGER. Le reste de l'argumentation de GOLDSCHMIDT est défendable malgré le scepticisme de COLLINET pour qui la *querela* est antérieure à l'exception.

(130) C. 4,30,4 de 215. *Pro* LEVY, p. 227 qui pense que la querelle inconnue de la procédure formulaire a été introduite par cet Empereur. PERNICE, *Parerga*, Z.S.S. 13, 1897, pp. 277, 280 n. 3 et 283, voit dans le C. 4,30,2 de 213 une autre allusion à la *q.*, plainte active de la procédure *extra ordinem* qui aurait pu exister dès l'époque classique, sous le Haut Empire. Pour COLLINET, pp. 256, 261, 282-284, 291, 295, si la mention la plus ancienne de la *q.* est cette constitution de 215, le rescrit ne la présente pas comme une nouveauté et l'institution serait née de la pratique et non de la législation impériale. L'édit d'Eudaemon de 138 serait plutôt à l'origine de la *q.* qui en tout cas a précédé l'*e.* Nous pensons que l'édit égyptien concerne l'*e.* antérieure à la *q.* KRÜGER, p. 4 croit comme COLLINET à l'antériorité de la *q.*

(131) Les arguments de COLLINET, pp. 273, 282-285, distinguant *e.n.n.p.* et *q.n.n.p.* sont probants sauf celui du C. 4,30,8 qui ne traite que de l'*e.* nommément désignée, et à laquelle réfère *querimonia*. CUVQ, *Manuel*, 2, 386 confond *e.* et *q.* Nous refusons la distinction collinienne entre *querela* probatoire et préparatoire des pages 255-279.

(132) Pour la *querela* moyen d'attaque, voir LEMOSSE, p. 478 n. 39; COLLINET, p. 289 sq.

(133) Voir *supra* n. 87. Le C. 4,30,4 désigne *q.* et *e.*, refusant les deux en cas d'aveu du débiteur. « *Nimium tarde querelam deferre* » dans le contexte signifie que vous ne pouvez plus soulever la querelle ou opposer

§ 2. ABSENCE DE DÉLAIS POUR PRÉSENTER LA *QUERELA*

Caracalla ne mentionne aucun délai pour déférer la querelle⁽¹³⁴⁾, ni les constitutions suivantes, celle de 223⁽¹³⁵⁾ et celle de 228⁽¹³⁶⁾ qui n'impose l'année utile qu'à l'exception⁽¹³⁷⁾. Alors

l'exception car vous avez déjà avoué la dette, et non pas car vous êtes hors délai. A cette époque l'exception était aussi perpétuelle. *Contra* KRÜGER, p. 5. COLLINET, pp. 292-293, croyant aussi la querelle perpétuelle, note que l'édit d'Eudaemon qui la désignerait ne connaît aucun délai. Pour nous l'édit mentionne l'e.

(134) Voir note précédente.

(135) C. 4,30,7. COLLINET, p. 295 pense que ce texte d'Alexandre-Sévère traitant de la *condictio* et de l'*exceptio* n'évoque pas de délai pour la *querela*, ce qu'il aurait mentionné s'il y en avait eu un. Cet argument négatif est faible, mais nous y souscrivons. Pour l'époque postérieure, la mention d'un délai par le Code Hermogénien, 1, 1 et par les constitutions sévériennes et dioclétiennes (C. 4,30,8;9;10) concerne uniquement l'exception.

(136) Pour COLLINET, ce C. 4,30,8 introduisit un délai pour la *querela* (pp. 292-295), d'une année comme pour les remèdes honoraires, « en faveur des créanciers que la perpétuité des moyens de défense sacrifiait trop ». Ce serait une restriction au secours anormal dont a bénéficié le débiteur qui peut désormais attaquer la promesse (p. 293). L'auteur soutient p. 296, n. 140 que les textes que nous avons mentionnés *supra* p. 222 concerneraient la *querela* et non l'exception. Les interpolations qu'il invoque sont peu probables, l'argument négatif du C. 4,30,7 est faible, la *querela* en 223 ne connaît pas de délai, pas plus que la *condictio* et l'*exceptio*; 5 ans après, le délai du C. 4,30,8, *intra legibus definitum tempus* s'applique à l'*exceptio* d'ament mentionnée. Le terme usé de *querimonia* la désigne aussi, et non la *querela*. Si l'empereur avait voulu désigner la *querela*, il l'aurait fait explicitement sans utiliser le mot *querimonia* trop général. COLLINET, p. 294, traduit GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, dont nous partageons les idées, pour mieux le critiquer: « on soumit l'exception à la prescription anormale, dès avant 228 ».

(137) *Contra* LEVY, p. 230 pour qui le C. 4,30,8 de 228 s'applique à l'*exceptio* comme à la *querela*. Pour COLLINET il ne s'applique qu'à la *querela* car l'*exceptio* n'existe pas encore, les constitutions la mentionnant étant interpolées (celle-ci, le C. 4,30,8 et les C. 4,30,3;4 et 6). L'argument de l'interpolation, trop facile pour le *Digeste*, est inacceptable pour le *Codex*. Les passages suspectés sont d'ailleurs d'un latin très classique. Nous pensons que dans ce texte les termes *querimonia usus... in querimoniam creditore* ne concernent que l'exception, d'ailleurs mentionnée à la

que le délai de l'exception est porté à 5 années utiles par les 2 constitutions de Dioclétien, C. 4,30,9⁽¹³⁸⁾ et C. 4,30,10⁽¹³⁹⁾, la *querela* peut être portée à n'importe quel moment par le débiteur.

suite « *sin autem questus est exceptio non numeratae pecuniae...* » alors que la *querela* ne l'est pas.

(138) Ce texte parle d'exception (*dandum exceptionem convenit*) et de *rei querela*. Cette expression diffère de *q.n.n.p.* Elle signifie procès, contestation judiciaire. La mention d'un délai (*si necdum tempus intra quod...*) concerne donc le procès de l'exception et non de la *q.n.n.p.* On pourrait aussi user de l'argument facile de l'interpolation par Justinien. Nous verrons que cet Empereur a repris de Théodose la limitation de temps après la reconnaissance de dette et le non versement des deniers pour agir par voie d'action. Les transcripteurs ont pu vouloir faire croire que ceci était la jurisprudence classique. *Contra* KRÜGER, pp. 7-8 pour qui *querela* et *exceptio* sont toutes deux soumises à cette époque à un délai. Si Dioclétien avait voulu restreindre le délai à l'*exceptio*, il n'aurait pas employé le terme ambigu de *querela*, mais aurait dit *haec exceptio*. Si les inexactitudes terminologiques sont rares dans la procédure formulaire à l'édit précis, elles sont fréquentes dans la procédure extraordinaire. De plus l'expression *querela rei* n'est pas ambiguë et si Dioclétien avait pensé à la *q.n.n.p.*, il l'aurait énoncé en toutes lettres.

(139) Ce texte explicite oppose *querela* et *exceptio* (*magna sit differentia*), parlant contre les auteurs qui les assimilent, et exclut tout délai pour la *querela* (*temporis diuturnitate non excluditur*), au contraire de l'exception que nous savons par le Code Hermogénien limitée à cette époque à 5 ans. Le terme *querela* est encore employé (*quod exceptio non numeratae pecuniae certa die non delata querela prius evanescat*) mais signifie contestation judiciaire car se référant à *e.n.n.p.* citée juste avant. Ce terme malheureux a peut-être été rajouté par des commentateurs de Justinien, car le contexte oppose clairement les deux concepts. *Contra* KRÜGER, p. 8. L'exception dont le délai partirait de l'échéance du billet serait refusée quand, dans les 5 ans de cette échéance, le débiteur n'aurait pas déjà agi par *querela* (*Feststellungsklage*). Cette interprétation est trop étrangère à la lettre du texte. Pour lui *querela* ici signifie *n.n.p.* COLLINET, p. 286 pense comme lui, ce rescrit de 293 subordonnerait l'exercice de l'exception à la délation de la *querela*. L'auteur use de ce texte pour démontrer la distinction à faire entre *querela* et *exceptio*, et considère l'*e.n.n.p.* introduite par ces textes de Dioclétien. Au contraire, SUMAN, p. 275 et KRELLER, pp. 311 et 319 pensent que *querela* veut dire ici procès.

§ 3. LA CHARGE DE LA PREUVE POUR LE DÉBITEUR

Dans la *querela*, la preuve appartient au demandeur, le débiteur plaignant: *Actori incumbit probatio*. Il attaque en outre un écrit l'accusant au lieu de se défendre contre lui. La constitution de Dioclétien déjà citée⁽¹⁴⁰⁾ oppose sur ce point l'exception qui a déplacé la charge de la preuve sur le créancier⁽¹⁴¹⁾ et la *querela* n'opérant pas encore ce renversement. Les motifs qu'elle invoque laissent perplexes: d'après la *naturalis ratio*, il est difficile dans l'exception d'apporter la preuve d'un fait né-

(140) C. 4,30,10 et C. 4,19,23 de 294. COLLINET, p. 300 n. 159 et 161 pense que le texte ne concerne que l'exception: « *cet effet, qui appartient à l'exception, ne saurait être attribué à la querela* » (p. 302). Le C. 4,30,3 de 215 étant interpolé, ce texte serait le premier à mentionner pour l'e. un renversement de la preuve. Voir *supra*, p. 221. COLLINET (pp. 299-302) reprend les vues de MONNIER (*NRH*, 24, 1900, pp. 171-176) à la légère différence que, si le renversement de la preuve est constaté en premier par Dioclétien, la solution lui est peut-être légèrement antérieure et pourrait remonter à 223, date d'apparition pour lui de l'e. (p. 302: « *le rescrit de Dioclétien affirme la règle qui doit lui être antérieure, et il y a lieu de penser que l'e.n.n.p. a toujours eu cet effet sur la charge de la preuve* »). COLLINET se contredit. A la page 296 il affirmait que cette même constitution quant au délai concernait la *querela* et non l'*exceptio*: « *tous les rescrits mettent les délais en rapport avec la querela. Aucun ne vise expressément la durée de l'exception. La constitution de 294 qu'on invoque toujours en ce sens est relative à la querela* ». Maintenant, quant à la preuve, le texte désignerait l'exception. De plus, p. 298, ce rescrit prouverait l'effet krügerien: « *une constitution de Dioclétien dit en termes concis que l'exception s'évanouit si la querela n'a pas été déférée dans le délai prévu* ». Trop de conclusions sont tirées de ce texte de 4 lignes. Il concerne à la fois e. et g., ce que COLLINET tantôt nie, tantôt accepte comme à la p. 298. Quant à la preuve, il traite non pas uniquement de l'e., mais aussi de la *querela*, ce que COLLINET, p. 294 reconnaît comme lui habituellement par la doctrine, *idem* p. 282: « *certain auteurs n'attribuent le renversement de la preuve qu'à l'exception... enlèvent à la querela la conséquence du renversement de la preuve qu'ils transportent à l'e.n.n.p.* ». Le motif invoqué par Dioclétien interdit la confusion collinienne de la p. 300: la preuve négative concerne plus l'exception qui nie que la *querela* active qui affirme. La *naturalis ratio* commande moins le renversement de la preuve pour la *querela* que pour l'exception. Si le texte n'innove pas et constate le droit antérieur, c'est sur ce point.

(141) Depuis 215, C. 4,30,3: voir *supra* p. 221.

gatif ⁽¹⁴²⁾, alors que dans la *querela* la preuve doit incomber au débiteur sûr de lui pour porter plainte ⁽¹⁴³⁾. Dans les deux cas le fait étant négatif et les écrits accusateurs, la différence de traitement ne s'explique que par la procédure obligeant les demandeurs à assumer leurs preuves afin de ne pas présenter de procès douteux ⁽¹⁴⁴⁾.

§ 4. LE SOI-DISANT EFFET DE PERPÉTUATION DE L'EXCEPTION PAR LA MISE EN ŒUVRE DE LA *QUERELA*

Collinet avoue ⁽¹⁴⁵⁾ que « les auteurs méconnaissent ce rôle capital » et il nous évoque cet effet à de nombreuses reprises ⁽¹⁴⁶⁾. La mise en œuvre de la *querela* perpétuerait autant cette dernière que l'*exceptio* et la *condictio*.

Le premier texte invoqué, « tout à fait explicite », est de 228 ⁽¹⁴⁷⁾. Le terme de *querimonia* utilisé désigne l'*exceptio* mentionnée à la suite en toutes lettres dans le texte. Le débiteur qui a protesté par l'exception perpétue celle-ci au bénéfice de son héritier. Si le souscripteur de la caution a protesté contre une réclamation en remboursement du créancier ⁽¹⁴⁸⁾, « l'exception

(142) C. 4,30,10: « *negantem numerationem, cujus naturali ratione probatio nulla est et ob hoc ad petitorem ejus rei necessitatem transferentem* ».

(143) C. *h.l.*: « *Inter eum qui factum adseverans, onus subiit probationis* ». Notons que dans ce texte très concis, l'expression *petitorem ejus* peut s'appliquer à la fois au *petitor* créancier dans l'exception et au *petitor* débiteur actif dans la *querela*. Dans les deux cas la preuve est pour lui.

(144) Pour PERNICE (*ibid.*) le problème de la charge de la preuve dans la *querela* est lié à celui de son attribution à la procédure formulaire ou extraordinaire. D'après COLLINET, la *querela* appartient à la procédure extraordinaire (p. 301 *in fine* et n. 170). Nous le pensons aussi, d'autant plus que COLLINET n'en tire pas la conclusion pernicienne que dans la *q.*, voie de droit extraordinaire, la charge de la preuve doit relever obligatoirement du créancier. Ceci n'advint pour nous que sous Théodose, et que sous Justinien pour COLLINET (p. 303).

(145) *Op. cit.*, p. 297.

(146) Pages 261, 265, 272, 282, 285 n. 98, 286 et *in fine* 297 ss.

(147) C. 4,30,8 de 228, p. 297 n. 149. Voir *supra* notes 70, 73, 75 et 76, 131, 136 et 137.

(148) Et non pas « s'est plaint par une *querela* » comme le lit COLLINET.

s'applique à perpétuité à son héritier et contre les héritiers du créancier »⁽¹⁴⁹⁾. Au contraire, si le temps légal s'est écoulé, c'est-à-dire le temps légal de l'exception, car la *querela* ne connaît encore aucun délai, l'héritier du débiteur doit payer intégralement s'il est poursuivi en remboursement. Cette solution n'est pas choquante. Pour éviter ceci, l'héritier diligent peut prendre les devants et opposer le premier une *querela*, à cette époque non temporellement limitée, ou une *condictio*, elle limitée⁽¹⁵⁰⁾. Sinon il supporte la négligence de son ayant droit qui aurait pu, en son temps, soulever une querelle. La lecture de Collinet est contraire au principe procédural du parallélisme des formes et sa solution inutile. L'héritier peut continuer la procédure de la *querela* ou de l'exception commencée par le débiteur défunt. Krüger distingue aussi *querimonia* et *querela*⁽¹⁵¹⁾.

Le deuxième texte évoqué par Collinet est le C. 4,30,10, déjà analysé⁽¹⁵²⁾. Ce texte distingue certes *querela* et *exceptio*⁽¹⁵³⁾. C'est la *querela* et non l'exception qu'il définit comme perpétuelle⁽¹⁵⁴⁾. On ne peut pas rétorquer au débiteur que les délais de son exception sont écoulés puisqu'il agit par querelle et que cette plainte n'est pas limitée dans le temps. Le texte ne dit pas qu'en portant plainte le débiteur perpétuerait une exception qui sans cela risquerait d'être prescrite. Collinet est amené à cette traduction fantaisiste, car il semble avoir opté pour les délais de l'exception à partir de l'échéance du billet. Si on les fait partir

(149) Termes mêmes de LEMOSSE éditant posthument COLLINET, p. 297. Nous acceptons les conclusions de l'auteur mais pas ses prémisses.

(150) Voir *infra* p. 256 ss. Il est normal que la *condictio* soit limitée et non la *querela*. La *condictio* étant la réclamation d'un écrit, il convient de s'y prendre plus tôt.

(151) Z.S.S. 58, p. 6, n. 3. *Contra* RENIER, pro-Collinien, *Étude sur l'histoire de la « querela inofficiosi » en droit romain*, Liège 1942, p. 143.

(152) Voir *supra* n. 84, p. 239 et n. 139, n. 140.

(153) C. h.l.: « magna sit differentia ». On a vu qu'au gré des besoins de COLLINET, le texte traitait exclusivement de l'e., de la q. ou des deux.

(154) Nous traduisons: « Celui qui prétend ne rien devoir peut toujours porter plainte préalablement contre le créancier ».

plus logiquement de la mise en demeure, cet effet de perpétuation devient inutile ⁽¹⁵⁵⁾.

Les textes finalement cités sont de Justinien ⁽¹⁵⁶⁾. Nous ne pouvons pas admettre cet effet sous cet Empereur, car il n'a pas confondu la *querela* et l'*exceptio*, même en leur donnant les mêmes délais ⁽¹⁵⁷⁾.

Collinet prétend ensuite que la mise en œuvre de la *querela* perpétue aussi la *condictio*. C'est inacceptable. S'il y a un délai à la *condictio*, pourquoi ne pas joindre une demande connexe de reddition du billet mensonger à une *querela*? Un plaignant diligent devrait le faire. Surtout est-il utile de perpétuer une *condictio cautionis*? Les deux actions, *q.* et *c.c.* aboutissent au même résultat. Le débiteur qui a soulevé un moyen n'a ensuite aucun besoin d'évoquer l'autre. La procédure de la *querela*, par exemple, a autorité de la chose jugée pour la *condictio*. Collinet reconnaît qu'« aucun texte ne déclare formellement que la *condictio* est perpétuée par la *querela*, mais qu'une constitution de 294 conduit à l'admettre » ⁽¹⁵⁸⁾. Le texte traite certes d'un délai pour la *condictio* active, délai interrompu non par la mise en œuvre d'une *querela* non mentionnée, mais par un acte de procédure concernant cette *condictio*. Si il y avait à la rigueur une procédure qui pouvait interrompre le délai de la *condictio* ⁽¹⁵⁹⁾, ce serait l'*exceptio*, car le texte parle de *contestatio* et nous avons vu que ce terme générique désignerait plutôt l'*exceptio*.

(155) Rappelons aussi que la charge de la preuve dans cette *querela* perpétuelle est pour le plaignant, le débiteur: « Celui qui assure une plainte se soumet à en faire la preuve, celui qui nie à une demande en remboursement avoir reçu la somme n'a pas à le prouver » (traduction littérale). La contrepartie de l'avantage pour le débiteur à bénéficier d'une querelle perpétuelle est qu'il doit apporter ses preuves dans sa plainte.

(156) C. 4,30,14 §4 de 528. Voir *infra* pp. 249-250.

(157) Voir *supra* n. 86 et p. 236; *infra* pp. 251-252.

(158) C. 4,9,4 analysé *infra* p. 258, n. 225; *op. cit.* p. 298.

(159) Le droit judiciaire romain serait assez étrange, car l'acte d'une procédure donnée pourrait interrompre la prescription d'une autre procédure.

tion ⁽¹⁶⁰⁾. Mais il n'en est rien, ici « *contestatio* » se rapporte à un acte quelconque de procédure de la *condictio* ⁽¹⁶¹⁾.

Section 2. - Les réformes d'Honorius

Honorius modifia les conditions de fonctionnement de la *querela*.

§ 1. LES NOUVEAUX DÉLAIS

En 421 ⁽¹⁶²⁾ l'Empereur décide que le débiteur bénéficie d'un délai de cinq ans après l'échéance du billet ⁽¹⁶³⁾ pour soulever la querelle, solution inspirée du délai de 5 ans de l'exception remontant à Dioclétien ⁽¹⁶⁴⁾.

Ce même rescrit impose un délai de 12 ans à l'action en remboursement du créancier ⁽¹⁶⁵⁾. Il convenait de compenser cet avantage pour le débiteur en ne lui permettant pas à n'importe quel moment durant ces 12 ans d'apporter sa *contestatio* ⁽¹⁶⁶⁾.

(160) Voir *supra* p. 232 et n. 112.

(161) *Contestatio* signifie *litis contestatio*, acte de procédure préparatoire et non probatoire de la procédure extraordinaire, l'ancienne *litis denuntiatio* de la procédure formulaire qui deviendra le *libellus conventionis* sous Justinien.

(162) C. Th. 2,27,4 et *Interp. Contra* COLLINET, p. 293, pour qui les constitutions dioclétiennes, y compris le *Code Herm.* avaient déjà imposé ce délai, non à l'*e.*, mais à la querelle. Voir *supra* n. 84. Nous sommes d'accord avec COLLINET, p. 296, n. 140 pour qui ce rescrit théodosien « met le délai en rapport avec la querela ».

(163) C. *h.l.* 4: *aetatem chirographi*; *Interp.*: *tempus cautionis*; *intra quinquennium cautio conscripta*. GIRARD, p. 503, traduit ceci comme la date véritable du billet. C'est difficile à admettre car au cas où une partie des fonds dus aurait été versée, le débiteur confiant qui attendrait perdrait son droit à la *querela*. Il est plus logique que la *querela* parte de l'échéance et l'exception de la mise en demeure. Voir KRÜGER, p. 3.

(164) Voir *supra* p. 225.

(165) Délai ramené à 2 ou 5 ans en cas de mort du débiteur dans la même ville ou non que le créancier: C. Th. 2,27 pr. ; 5 et *Interp.*

(166) Ce terme est utilisé au C. Th. 2,27,4 pour désigner la *querela*. On ne doit pas en conclure comme COLLINET que c'est spécifique. Classique-

Après la 5^e année et jusqu'à la 12^e année de l'échéance, le débiteur ne peut plus jouer de rôle actif.

Quant au rôle passif de l'exception, le débiteur a toujours droit aux 5 ans dioclétiens de grâce, après mise en demeure. Si cette exception repousse au loin le procès, la faute en incombe au créancier qui n'avait qu'à réclamer plus tôt son paiement. S'il ne l'a pas fait, c'est que peut-être il n'a rien versé ⁽¹⁶⁷⁾.

§ 2. LA SOI-DISANT CONNEXITÉ *QUERELA - EXCEPTIO*

Si ce rescrit d'Honorius est cité à deux reprises par Colli-
net ⁽¹⁶⁸⁾, lorsqu'il traite de l'effet « capital » de la *querela*, à
savoir perpétuer l'exception du débiteur, il omet de le faire pour
s'appuyer exclusivement sur une source de Dioclétien et une
autre de Justinien ⁽¹⁶⁹⁾. Seuls Suman ⁽¹⁷⁰⁾ et Krüger ⁽¹⁷¹⁾ voient

ment ce terme signifie plutôt *exceptio*: voir *supra* pp. 243-244 et n. 161; p. 232, n. 112. Au Bas Empire il deviendra générique, désignant aussi bien *e.* que *q.*

(167) Par ex. 8 ans après l'exigibilité d'une dette non contestée active-
ment dans les 5 ans par un débiteur croyant son créancier étourdi, si ce
créancier tardif exige le remboursement, le débiteur peut encore le faire
patienter 5 ans en lui opposant l'exception. Cette réforme des 12 ans est
d'esprit volontariste. Le créancier fatigué, manquant de conviction, doutant
de pouvoir faire la preuve de la numération, est un personnage équi-
voque. Cette solution évoque la protection interdictale, l'interdit *unde vi*
refusé après un certain temps au possesseur nonchalant, la possession
perdue sans bénéfice d'interdit par le possesseur émotif quittant son
champ à l'approche d'une foule qui pourtant n'en veut pas à sa terre, la
possession par contre accordée aux possesseurs actifs qui pourront même
la conserver *animo solo*.

(168) P. 289, n. 110 à propos du terme *contestatio*, et p. 296, n. 140 à
propos du délai soi-disant ne concernant que la *querela*, conclusion que
nous acceptons pour la source théodosienne et refusons pour les sources
dioclétiennes.

(169) Pages 297-298: « *En outre, une constitution de Dioclétien et Maxi-
mien dit la même chose en termes concis: l'exception s'évanouit si la que-
rela n'a pas été déférée dans le délai prévu. Enfin, dans la constitution de
528, Justinien formule la même règle deux fois, à la fin du §4 et à la fin
du §6, cette dernière fois un peu moins correctement* ». Sur les fins des
§4 et §6, voir *infra* p. 249 sq.

ce rôle perpétuateur de la *querela* dans ce texte d'Honorius⁽¹⁷²⁾. Le texte dit que si le débiteur reconnaît son écrit mais prétend ne pas avoir été payé, il faut déterminer la date d'échéance du billet, de manière que si ce débiteur est resté silencieux durant le laps de temps qui lui est reconnu pour la *contestatio*, il perde la protection de cette « plaisanterie »⁽¹⁷³⁾. Le texte ne dit pas que le débiteur reconnaît son écrit à l'occasion d'une exception en luttant contre une demande en remboursement. On ne saurait le conclure, car « *chirographi aetatem* » est la date d'exigibilité et ne peut concerner que la *querela*; pour l'e. ce serait la date de mise en demeure⁽¹⁷⁴⁾. Le terme *contestatio* à la suite désigne pour une fois la *querela*. La leçon du texte est, qu'hors délai, elle n'est plus soulevable. L'*interpretatio* renforce encore notre lecture. Les termes *tempus cautionis* et *intra quinquennium cautio conscripta* ne peuvent désigner que les délais de la

(170) P. 278.

(171) P. 10, au IV: « *Ist die Frist abgelaufen, ohne daß der Schuldner kontestiert hatte, so erlosch die exceptio n.n.p.; ferner ist zu erwähnen Honorius Cod. Theod. 2,27,1,4: 'wenn der Schuldner die vom Recht für die Anzeigen angegebenen Fristen untätig verstreichen ließ, so verliert er das Hindernis dieser Ausflucht', nämlich das gegen die Klage bestehende Hindernis der n.n.p. Deutlicher reden die Schlußworte der Interpretatio zu diesem Erlaß des Honorius* ». La traduction de KRÜGER est bonne, il reconnaît lui-même qu'elle n'est pas très concluante et nous réfère à l'*Interpretatio*, or celle-ci est encore moins explicite. On remarque que KRÜGER n'ose pas parler de l'*Hindernis (obstaculum) der exceptio n.n.p.* mais uniquement de l'*Hindernis n.n.p.*, ce qui montre sa gêne à tirer cette conclusion hardie du texte.

(172) ERNST LEVY et HANS KRELLER ignorent cette constitution très ambiguë. COLLINET, qui a déjà utilisé le texte à propos du délai de la querelle, ne peut pas l'utiliser pour prouver l'effet de perpétuation, car il devrait se contredire et admettre que le texte parle d'e. dont le délai pourrait être perpétué par une querelle.

(173) *Obstaculum cavillationis*, très bien traduit comme *Hindernis der Ausflucht* par KRÜGER.

(174) *Contra* évidemment KRÜGER, p. 3, pour qui le délai de l'e ne part pas de la mise en demeure, mais de la date d'échéance: « *(der Frist) innerhalb dessen die exceptio n.n.p. geltend gemacht werden mußte, mit dem Augenblick zu laufen begann, in dem der Gläubiger die Klage aus der Stipulation anstellen konnte* ».

querela. Si Honorius avait rappelé ou inventé une règle si importante qu'elle revient pratiquement à faire partir le délai pour l'*e.* de l'échéance du billet en rendant l'*e.* insoulevable si une querelle n'a pas déjà été présentée, il l'aurait fait en termes non ambigus, dans un chapitre particulier. Les commentateurs de l'*interpretatio* auraient analysé cette nouveauté au lieu d'être muets à son égard.

§ 3. L' *OBSTACULUM IN FACTUM*

Admettons qu'un débiteur ait laissé s'écouler le temps de la *querela* sans agir⁽¹⁷⁵⁾. Ce débiteur inactif, même après 5 ans, n'est pas obligé d'attendre la réclamation en remboursement du créancier pour lui opposer une exception qu'il n'aura pas à prouver. Il pourra clarifier préalablement sa situation juridique en présentant une querelle *in factum* avec charge de la preuve pour lui, si il est sûr de son fait⁽¹⁷⁶⁾. Cet *obstaculum* ne présente pas pour lui beaucoup d'avantage, et en attendant la réclamation du créancier auquel il opposera l'exception, il fait l'économie de la charge de la preuve.

Par contre, le débiteur qui aurait sans succès tenté une *querela* dans les 5 ans, pourrait-il opposer une exception à l'action du créancier? Aucun texte ne l'y autorise. Le jugement sur la *querela* condamnant le débiteur a autorité de la chose jugée sur l'exception, même si ces voies de droit ne sont pas connexes. Ce débiteur ne pourrait opposer qu'une défense informelle qu'il devrait prouver contre le billet présenté par le créancier et l'accusant.

§ 4. LE RENVERSEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE

Si la querelle a été soulevée dans les 5 ans par le débiteur impayé ou insuffisamment réglé, Honorius le libère du fardeau de la

(175) Pour le temps de l'*e.* il n'y a pas de problème, car, le procès engagé, le débiteur opposera les moyens de preuve à sa charge contre le billet présenté par le créancier.

(176) On peut imaginer cette solution à partir du C. Th. 2,27,4 et *Interp.* Contra KRÜGER, p. 10 et SUMAN, p. 278, pour qui le débiteur est sans défense même informelle. Il est vrai que la source est peu explicite.

preuve de la non numération. Le créancier devra prouver qu'il a bien remis la somme contestée ⁽¹⁷⁷⁾, définie comme la cause de la créance. Il s'agit en équité de la cause efficiente ⁽¹⁷⁸⁾.

Section 3 - Les réformes de Justinien

§ 1. LES DÉLAIS DE PRESCRIPTION

Un nouveau délai de 2 ans, partant de la demande en justice du créancier pour l'exception ⁽¹⁷⁹⁾ et de la date d'échéance du billet pour la *querela* ⁽¹⁸⁰⁾, limite ces deux voies de droit distinguées en théorie ⁽¹⁸¹⁾. La brièveté de ce délai contrebalance l'avantage

(177) C. Th. 2,27,1: « *Hoc enim toto jure cantatum est, ut scripturam prolator adfirmet* ». C'est la règle du Bas Empire, *affirmanti, non neganti incumbit probatio*. Voir PERNICE, *Z.S.S.*, 13, 1892, p. 286 ss. COLLINET, pp. 293 et 298 pense que le renversement de la charge de la preuve a été introduit uniquement sous Justinien, qui a voulu limiter cet avantage offert au débiteur en introduisant un nouveau délai de prescription extinctive de la *querela* de 2 ans au lieu de 5. P. 301 l'auteur pense que l'*interpretatio* du Code Théodosien comme les C. 4,30,1 et 3 ne concernent que l'*e.n.n.p.* et à la rigueur l'*e. doli* qui lui est liée (note 163). La charge de la preuve pour la *q.* ne fut renversée que sous Justinien, qui aurait contesté la distinction dioclétienne entre preuve d'un fait positif et négatif pour considérer aussi comme négative la preuve exigée par la *querela* et l'attribuer en conséquence au créancier. Cette réforme serait une conséquence de la confusion justinienne *querela-exceptio* (p. 302).

(178) C. Th. 2,27,2: « *causas oporteat feneratoris adprobari* »; *e.l., interp.*: « *et causas ipsius debiti unde pecuniam contraxit exponat* ». A rapprocher du C. Th. 2,28,1 où cette cause est l'efficiente de l'équité: « *oportet enim debitorem primo convinci et sic solutioni succumbere. Quam rem cum juris ratio tum ipsa aequitas persuadet* ». *E.l., interp.*: « *Ille qui repetit debitorem suum certa prius probatione convincat* », reprenant la règle *affirmanti, non neganti*...

(179) Sinon les créanciers ne porteraient pas plainte avant 5 ans sous Théodose et 2 ans sous Justinien, pour désarmer leur débiteur de l'*e.* Il leur resterait alors 7 ans ou 10 ans de marge pour agir avant la prescription extinctive de 12 ans.

(180) C. 4,30,14 pr. et § 4.

(181) COLLINET utilise le *principium h.l.*, p. 293 pour prouver la distinction entre *q.n.n.p.* et *e.n.n.p.* et pp. 285-286 pour renforcer sa thèse de l'effet de perpétuation de l'*e.* par une plainte en *q.* Justinien rappellerait ici

qu'a le débiteur à obliger le créancier à prouver le versement des deniers ⁽¹⁸²⁾ et évite les atermoiements du procès.

§ 2. LE SOI-DISANT EFFET DE PERPÉTUATION DE L'EXCEPTION PAR UNE *QUERELA*

Cet effet serait exprimé formellement au C. 4,30,14 §4 et sous-entendu au §6 ⁽¹⁸³⁾. Pour Collinet la notification d'une *querela* interrompt la prescription de l'exception qui lui est juridiquement connexe ⁽¹⁸⁴⁾.

Le contexte du §4 ne favorise pas l'interprétation collinienne. Il y est dit que la *querela* peut être notifiée personnellement par dénonciation au créancier présent, ou signifiée au juge, recteur ou maire s'il est absent. Ces procédés préparatoires interrompent la prescription de la *querela*. De la même manière, *eoque modo*, la péremption de l'exception peut être évitée, c'est-à-dire en usant de tels procédés de signification au créancier. Tout repose

l'effet déjà décrit au C. 4,30,8: le débiteur perpétuerait pour lui-même et pour ses héritiers son exception en portant plainte par la *querela*. Cela paraît superfétatoire. Si il a commencé par une *querela* dans les temps, pourquoi vouloir terminer par une exception, d'autant plus que maintenant la charge de la preuve est la même. COLLINET, pp. 282 et 286 reconnaît que le §6 du rescrit cité ne favorise pas son interprétation: « *malgré le langage ambigu du §6, ces procédés représentent les formes de la querela et non de l'exception...* ».

(182) Voir COLLINET, p. 293.

(183) C. *h.t.* 14 §4: *eandem querelam manifestare, eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere*. §6: *suam exceptionem creditori manifestare et ita tempus statutum interrompere*.

(184) P. 286 ss. ; 303 *in fine* et n. 172 ; p. 285: « *Aux §§ 4 et 6, Justinien indique les procédés que devra employer le titulaire de l'exception pour se réserver à perpétuité son droit à la défense: ces procédés représentent les formes de la querela* ». Il rejoint KRÜGER qui affirme p. 4 que l'ancienne *querela* surnommée maintenant *contestatio* n'a plus de rôle probatoire actif et ne servirait qu'à perpétuer l'exception. Seule la *condictio* resterait comme plainte active. C'est aussi l'opinion de KRELLER, pp. 296, 300, 320 et 322. Le terme *querela* aurait été conservé par traditionalisme mais désignerait l'ensemble des moyens de droit au service des débiteurs, y compris la *condictio*.

sur le sens de « *eoque modo* ». Pour Collinet cet adverbe ne fait pas une comparaison entre des moyens extinctifs de prescription ayant chacun leur domaine respectif, mais marque une dépendance, une connexité: par le fait même de dénoncer la querelle, l'exception est perpétuée. La connexité serait obligatoire d'après Collinet, car les exceptions ne seraient pas signifiées, le texte ne pouvant donc pas mettre en parallèle les actes de procédure de la *q.* et de l'*e.* qui ne sont pas les mêmes ⁽¹⁸⁵⁾. Rien n'est moins sûr; les répliques de l'*exceptio* faites par le débiteur au créancier plaignant lui sont aussi signifiées par dénonciation.

Quant au §6, il confirme textuellement notre interprétation du §4. C'est l'hypothèse du créancier homme puissant. En cas d'absence d'administrateur civil ou militaire, le débiteur signifie son exception à l'évêque, ce qui en interrompt la prescription. Pour Collinet, quoiqu'en dise le texte, ce n'est pas l'*e.* qui est signifiée, mais la *querela* ⁽¹⁸⁶⁾. Sa lecture est inadmissible. L'ex-

(185) *Op. cit.*, p. 286: « le mot *querela* désigne un moyen autre que l'exception, car cette dernière ne se fait pas par *denuntiatio*, acte extraordinaire, mais par *postulatio* judiciaire ou *contradictio* de l'avocat défendeur ». PERNICE, lui, considère que c'est un terme générique de protestation d'un débiteur envers un porteur de billet (*Z.S.S.*, 13, 1892, p. 280 s.), et COLLINET lui-même est obligé de revenir p. 290 sur cette spécificité de *denuntiatio*: « le terme *denuntiatio* n'est qu'un synonyme de *contestatio*, car les deux mots ont une tendance à se confondre ». Or nous avons vu déjà l'imprécision de la terminologie de basse époque, *supra* pp. 243, 246; et même au Haut Empire la contestation désignant surtout l'*e.*, Justinien n'aurait pas fait de confusion en admettant la dénonciation d'une *e.* D'ailleurs, au *C. h.t.* 14 §5, Justinien parle de *denuntiatio* d'exception, ce qui montre bien que ce n'est pas un procédé propre à la *querela*. Voir *infra* n. 187.

(186) P. 285: « malgré le langage ambigu du §6 »; p. 286: « Au §6, il est vrai, la notification au créancier porte sur l'exception... Que penser des termes employés *suam exceptionem creditori manifestare*? Que penser de la confusion faite ici entre l'exception et la *querela*? Cette confusion n'a aucune portée; le mot *exceptio* ne possède pas ici son sens ordinaire... La notification au créancier de la prétendue exception (d'après lui une *querela* car l'exception au contraire serait notifiée par le créancier au débiteur, parenthèse de nous) a pour effet d'interrompre le *tempus statutum*, c'est-à-dire le délai de prescription de l'exception. Or à quoi bon donner un moyen d'interrompre le délai si c'est vraiment l'exception qui

pression *exceptionem manifestare* se retrouve au §5 qui est parfaitement univoque⁽¹⁸⁷⁾.

Si Justinien avait voulu reprendre cet effet complexe remontant à Dioclétien ou Honorius, il l'aurait détaillé dans un paragraphe particulier et non simplement évoqué à propos de fragments traitant de procédure de signification. Le *principium* qui traite de péremption n'évoque pas cet effet⁽¹⁸⁸⁾. Collinet est amené à jongler avec les textes. Dans certains passages, Justinien aurait confondu *e.* et *q.* et dans d'autres non. Cette confusion s'expliquerait par l'effet de connexité et par le renversement de la charge de la preuve opéré uniquement par Justinien

est opposée? Une fois opposée, elle ne risque plus la péremption ». C'est justement ce que veut dire le texte, et il n'est pas absurde de le rappeler. Le délai de péremption de l'*e.* est interrompu par l'acte procédural de signification à l'évêque, ce qui a le même effet qu'une notification personnelle au créancier. Sur cette « confusion », COLLINET, pp. 286, 297, 303-305.

(187) Le débiteur peut notifier son exception (*manifestare exceptionem*) au juge et non au créancier lui-même s'il est un fonctionnaire puissant. Le texte n'évoque pas l'effet de perpétuation d'une exception par une *querela*. Néanmoins COLLINET, p. 286, doit y contester l'expression *manifestare exceptionem* retrouvée au §6: « *Le défendeur a le droit de notifier sa querela (et non l'exception comme le dit le texte, parenthèse de nous) en venant trouver, adire, les juges qui communiqueront le fait au créancier. La querela est encore ici distincte de l'exception. La forme de la querela, déclaration orale devant les juges, ne saurait être assimilée à celle de l'exception, qui émane de l'avocat; alors que la querela est antérieure au procès, l'exception apparaît seulement au cours du procès* ». L'argument procédural est faible. La *querela* n'est pas uniquement préparatoire ni l'exception exclusivement probatoire. Déjà sous Honorius la *q.* eut un rôle probatoire. Les deux procédures sont semblables (quoique non connexes). Aucun rescrit ne les différencie par l'obligation d'avocat ou de conclusions écrites. Bien plus le §5 parle de *denuntiatio* à propos de l'exception. La fin du paragraphe 5 démontre que cette *manifestatio* par *denuntiatio* n'est pas réservée à la *q.* Après avoir traité de l'*e.*, le fragment dit que de la même manière (*hujusmodi*) on peut agir pour la querelle, c'est-à-dire la notifier au créancier craint par juge interposé.

(188) Le *principium* impose un délai de prescription de 2 ans, d'abord pour l'*e.* et ensuite pour la *querela*. Les deux voies de droit sont décrites indépendantes et non connexes. Il n'est pas dit que l'opposition de l'une interrompt la prescription de l'autre. COLLINET, p. 285 reconnaît que le

pour la *querela* ⁽¹⁸⁹⁾. Si depuis Honorius, la terminologie juridique est quelquefois imprécise, elle n'est jamais erronée ⁽¹⁹⁰⁾. Cet effet de perpétuation d'un moyen de droit donné par l'acte de procédure d'un autre serait contraire au principe de l'individualité de ces moyens ⁽¹⁹¹⁾.

§ 3. LA STRICTE TERMINOLOGIE JUSTINIENNE DE LA *QUERELA* ET DE L' *EXCEPTIO*

Les rescrits de Justinien ne confondent jamais les termes juridiques de *querela* et d'*exceptio*. C'est pour prouver leur thèse de l'effet de perpétuation que certains auteurs ont supposé des confusions terminologiques.

principium distingue bien l'*e.* de la *q.*; par contre les §§ 5 et 6 les confondraient.

(189) COLLINET, p. 285: « malgré le langage ambigu du §6 ces procédés représentent les formes de la *querela* et non de l'*exception* »; p. 286: « En réalité, l'effet exprimé à la fin du §6 rappelle celui exprimé au §4; seulement au §4, il était correctement rattaché à la *querela*, tandis qu'au §6, il est incorrectement rattaché à l'*exception*, à la suite d'une confusion qui vient du rapprochement, sous Justinien, des deux voies de droit antérieurement distinctes ». L'auteur prend ici l'effet pour la cause et vice-versa. Les rescrits byzantins et notamment le *principium* du fragment 14 distinguent bien au contraire les deux moyens. D'ailleurs l'auteur en toute logique aurait dû dénoncer une autre confusion, au début du §4: « *In omni tempore quod exceptioni taxatum est licebit ei, cui talis exceptio competit, denuntiationibus scripto missis querelam non numeratae pecuniae manifestare ei qui numerasse eam...* ». Il faudrait lire *cui talis querela competit*, sinon là encore on aurait la notification d'une *e.* par *denuntiatio*. Cette interprétation est impossible car le texte oppose bien le moyen de l'*e.* à celui de la *q.* Comme on ne peut pas parler d'interpolation de textes byzantins, on évoque des confusions. La confusion ne peut pas s'expliquer par le renversement de la charge de la preuve car il date en fait d'Honorius. Voir *supra* p. 247.

(190) Voir *supra* p. 246 et n. 166.

(191) P. 303, COLLINET reconnaît que cet effet passerait outre l'absence d'identité des formes de la *q.* et de l'*e.*: « Pour l'expliquer, il n'y a pas à songer à une identité des formes, car les formes spéciales de la *querela* ne rappellent en rien la forme de l'*exception* ». Ni les textes, ni la logique ne justifient cet effet mythique.

Le C. 4,30,14 §4 distingue strictement l'*e.* de la *q.* à propos de leurs actes de signification respectifs interrompant la péremption ⁽¹⁹²⁾.

Le C. 4,30,14 §5 ne désigne pas exclusivement la *querela* ⁽¹⁹³⁾ mais traite de la difficulté de signification (*denuntiatio*) d'une *e.* (*exceptionem manifestare*) à un créancier puissant, situation pouvant aussi se présenter à propos d'une *querela* ⁽¹⁹⁴⁾.

Le C. 4,30,14 §6 sépare les deux moyens, *querelam opponere* et *exceptionem manifestare* ⁽¹⁹⁵⁾.

D'après Collinet ⁽¹⁹⁶⁾, l'emploi abusif du mot *e.* pour désigner une *q.* provient de ce que Justinien aurait reconnu que dans les deux moyens du débiteur, il s'agit toujours de prouver un fait négatif ⁽¹⁹⁷⁾ et de l'approximation du vocabulaire juridique grec qui ne connaîtrait qu'un mot pour désigner ces deux réalités, ἀναργυρία ⁽¹⁹⁸⁾. L'auteur doit immédiatement revenir sur cette affirmation car le vocabulaire grec est précis: *e.* se dit παραγραφή (Bailly, p. 653) et *q.* μέμψις (Bailly, p. 599) ⁽¹⁹⁹⁾.

(192) Voir *supra* p. 249.

(193) Qui aurait été nommée erronément *e.* d'après COLLINET, pp. 291-292 et 286.

(194) Voir *supra* n. 187.

(195) *Contra* COLLINET, p. 286 pour qui « le mot *exception* ne possède pas ici son sens ordinaire » mais signifie *querela*. Voir *supra* n. 187. L'*e.* ne se ferait pas par *manifestatio* mais par avocat une fois le procès engagé par le créancier, la *q.* elle étant une plainte libre devant les juges. En fait la distinction préparatoire-probatoire est inconnue de ces remèdes d'équité dispensant tous deux d'avocats.

(196) Pages 303 et 304, nn. 173-177.

(197) Honorius l'a en vérité fait avant lui au C. *Th.* 2,27,1 supprimant la distinction abusive de Dioclétien du C. 4,30,10. Voir *supra* p. 244 et n. 177.

(198) COLLINET, *ibid.*: « Mais peut-être aussi la confusion tient-elle seulement à une raison plus superficielle, à la façon habituelle de désigner les sanctions du droit du souscripteur par la simple expression « *anargyria* ». Le mot n'est pas traduit au BAILLY.

(199) COLLINET, *ibid.*: « Sans doute, on utilise plutôt les expressions traduites directement, '*anargurias* paragraphe' pour l'*exception*, '*mempsis*' pour la *querela* ». En fait dans les textes grecs cités par COLLINET: *Nov.* 100 pr.; *Nov.* 136,6; *Sch.* 1 ad C. 4,30,4; *Bas.* 23,1,64; *Inst. Paraph.* 4.13,2;

La *Novelle* 100, *cap.* 1 parlant de *querela non numeratae dotis* ne contredit pas la dernière ligne du C. 4,30,14 §6 parlant, elle, d'*exceptio non numeratae dotis*. On voit bien dans le contexte de la *Novelle* qu'il s'agit d'une plainte active et dans celui de l'autre constitution d'une défense passive.

Les deux dernières constitutions de Justinien, les C. 4,30,15 et 16, ne traitent que de l'exception sans erreur de vocabulaire.

§ 4. LE MYTHE DE LA *CONTESTATIO* JUSTINIENNE

La *contestatio* serait une voie de droit distincte de la *q.* et de l'*e.*, une protestation gracieuse⁽²⁰⁰⁾ et non encore judiciaire contre le billet, déposée par le débiteur auprès du créancier lui-même ou de notables⁽²⁰¹⁾. Elle existerait au moins depuis Alexandre-Sévère et aurait été réorganisée par Justinien sous le nom de *denuntiatio*⁽²⁰²⁾. Elle suffirait à renverser la charge de la preuve. Les sources ne sont pas aussi explicites que le voudraient les partisans de cette thèse.

Le 1^{er} texte serait le C. 4,30,8 d'Alexandre-Sévère de 228 et le terme *querimonia* désignerait cette contestation⁽²⁰³⁾. Kreller⁽²⁰⁴⁾

Auth. 98, la confusion est à exclure, le mot désigne exclusivement l'*e.* opposée à la '*Mempsis*', *querela*, ce qui est aussi l'interprétation de Théophile, *Inst. Paraph. l. cit.* Voir COLLINET, p. 304, n. 176.

(200) *Private contestatio* en allemand, voir définition de KRÜGER, pp. 8 et 11.

(201) Thèses de MACQUERON, p. 268, VILLERS, p. 362, GIRARD, p. 502 et n. 7. *Contra* COLLINET, p. 291 et n. 126 qui penche pour la thèse de KRÜGER de l'apparition de la *contestatio*, au moins sous ce nom générique, avec Justinien. Voir aussi p. 282 n. 83: « la *contestatio* ou *denuntiatio*, protestation adressée à l'adversaire ou au magistrat, disent les uns, à l'adversaire seul disent les autres ». Voir p. 289.

(202) Avec des nuances terminologiques chez COLLINET et sans réserve chez KRÜGER, p. 3, 8 ss., cette *contestatio* serait apparue sous Justinien uniquement. Pour KRÜGER, p. 4, elle aurait remplacé la *querela* dont le nom aurait été maintenu par traditionalisme. Voir *supra* n. 184.

(203) GIRARD, p. 502 n. 7. KRÜGER préfère ne pas mentionner ce texte.

(204) *Op. cit.*, p. 315.

et Suman⁽²⁰⁵⁾ refusent cette interprétation et nous les approuvons entièrement⁽²⁰⁶⁾.

Le C. 4,2,5 de Dioclétien de 293 utilise le terme de *contestatio* dans le sens de *litis contestatio querelae n.n.p.*, procès de la *q.n.n.p.*⁽²⁰⁷⁾.

Le C. 4,30,9 du même empereur traiterait de la *contestatio* gracieuse par la formule *in testando juri paritum sit*⁽²⁰⁸⁾. Le contexte rattache cette forme de *testatio* à la *querela rei*, c'est-à-dire à l'*e.n.n.p.*⁽²⁰⁹⁾.

Le C. 4,9,4 du même présenterait cette *contestatio* extrajudiciaire⁽²¹⁰⁾. Pour Kreller il s'agit en fait de *litis contestatio condictionis*, le texte traitant de *condictio cautionis*, réclamation du billet par le débiteur non payé auprès des autorités judiciaires compétentes⁽²¹¹⁾. Pour Krüger il s'agit plutôt de *litis contestatio q.n.n.p.*⁽²¹²⁾.

Le C. Th. 2,27,1,4 utilise toujours le terme de *contestatio* dans le sens de *litis contestatio*⁽²¹³⁾.

Le C. 4,30,14 §4 à §6 de Justinien traiterait de la nouvelle *contestatio* justinienne, la *denuntiatio*⁽²¹⁴⁾. Nous avons déjà énoncé notre opinion à ce sujet⁽²¹⁵⁾. Le terme de *denuntiatio* n'évoque pas dans ce rescrit une voie de droit gracieuse, protestation extrajudiciaire adressée au porteur du billet par l'intermédiaire

(205) *Op. cit.*, p. 265 ss.

(206) Pour notre lecture voir *supra* notes 70 ; 75 ; 131 ; 136-137 ; p. 241.

(207) GIRARD préfère ne pas utiliser le texte. SUMAN, p. 298 et KRELLER, p. 319 le jugent entièrement interpolé, le débiteur n'aurait même pas droit à la *q.* KRÜGER, p. 9 est plus nuancé et pense que le texte concerne la *litis contestatio*. Voir *supra* pp. 243-244 et n. 161 ; nn. 111-112.

(208) GIRARD, *op. cit.* SUMAN, pp. 272 et 274 ; KRELLER, p. 305 n. 107 et p. 319 ; KRÜGER, p. 9 estiment le texte interpolé.

(209) Pour notre analyse, voir *supra* p. 225 n. 84 et p. 239 n. 138.

(210) GIRARD, *op. cit.* *Contra* KRÜGER, pp. 9 et 12.

(211) P. 319 ss. ; 299 ss.

(212) KRÜGER, p. 12.

(213) *Contra* GIRARD, *ibid* ; *pro* KRÜGER, pp. 10-11 et 13.

(214) GIRARD, *ibid* ; KRÜGER, p. 8 ; COLLINET, pp. 290-291.

(215) Voir *supra* pp. 249-250 et p. 253.

de notables, mais la signification d'une procédure judiciaire, *querela* ou *exceptio*. Même s'il fallait admettre la synonymie *denuntiatio-contestatio*, elle n'aurait aucune portée car *contestatio* devrait être pris au sens de *litis contestatio* et non de protestation libre ⁽²¹⁶⁾.

Chapitre III

LA *CONDICTIO CAUTIONIS*

Indépendamment de l'exception passive ou de la *querela* active, le débiteur a un autre moyen qui complète les deux précédents, la *condictio cautionis* ⁽²¹⁷⁾.

Section 1. - La *condictio* active

Elle fut créée en 223 par Alexandre-Sévère ⁽²¹⁸⁾ dans un rescrit opposant *e. passive, adversus agentem*, à *condictio* active, *etsi ac-*

(216) COLLINET croit en cette synonymie, p. 290 et n. 115. Nous la refusons. L'auteur se base sur la *Nov.* 100,1 où l'on parle de διαμαρτυρία en grec. BAILLY, p. 203 traduit ce mot par « *opposition préjudicielle du défendeur soutenant que la cause n'est pas recevable* », ce qui correspond à *querela, denuntiatio* de querelle selon SCHOELL et KROLL, éditeurs des *Novelles*, et que COLLINET traduit par *contestatio* libre. Cet auteur confond préjudiciel et non judiciaire. SUMAN, p. 315, WENGER, *Inst. des röm. Zivilprozeßrechts*, p. 252 ss. et KRELLER, p. 319: « *...das Amtsverfahren... auch einen Begriff der Litiskontestation kennt, wenn er auch mit dem des 'ordo iudiciorum' nicht identisch ist* ». La procédure formulaire a inclu le préjudiciel dans le judiciaire, assimilé le soi-disant préparatoire au probatoire. En outre, *denuntiatio* en grec se dit παραγγελία. BAILLY, p. 652, le traduit comme « transmission d'un ordre, d'une signification ». Ce n'est pas confondable avec la *contestatio* quoique le soutienne COLLINET.

(217) *Contra* MACQUERON, p. 268 pour qui la *c.c.* est une forme de *querela* et non un moyen à part entière. *Pro* COLLINET, p. 283 qui démontre à partir du C. 4,30,7 l'indépendance de ces deux moyens.

(218) Elle n'existait pas avant, car Gaius au 4,116a ou 119 ne mentionne pas ce remède et tous les textes la citant sont postérieurs à 223. SCHULZ, *Classical Roman Law*, p. 613 et LEVY, *Die querela n.n.p.*, p. 232 pensent de même.

tor non petat ⁽²¹⁹⁾. Nous sommes encore à l'époque de la procédure formulaire, les délais sont inconnus et la charge de la preuve à la *querela n.n.p.* incombe au débiteur. C'est la solution retenue pour cette *condictio* ⁽²²⁰⁾.

Un rescrit de Dioclétien de 294 ⁽²²¹⁾ mentionne, sans autre précision, l'existence d'un délai pour la *condictio* active: *postulare praesidiali notione* ⁽²²²⁾. La charge de la preuve incombe au débiteur plaignant, *monstrando* ⁽²²³⁾. On peut présumer que ce délai

(219) C. 4,30,7.

(220) *Pro* COLLINET, p. 296 et n. 141. *Contra* LEVY, p. 233 pour qui la *condictio* est déjà limitée par un délai, ce qui *a contrario* impliquerait un renversement connexe de la charge de la preuve au détriment du créancier, les désavantages étant contrebalancés par des avantages. LEVY croit la charge de la preuve déjà renversée à cette époque pour l'*e.* ce qui implique pour la *c.c.*, les circonstances économique-sociales ayant motivé ce renversement étant les mêmes. Rien ne prouve ceci, et la *condictio* active est à comparer plutôt à la *querela* pour qui le changement de la preuve fut opéré sous Honorius. Rajoutons que s'il y avait eu un délai et un changement de charge de la preuve ce rescrit l'aurait mentionné. KRELLER, pp. 300, 321-322, considère que la *c.c.* non limitée temporairement peut être déposée même après les délais de l'*e.* (il accorde déjà des délais à celle-ci), mais refuse de se prononcer sur la charge de la preuve, la *condictio* étant un remède d'équité (cfr D. 12,6,14) ayant pu la renverser.

(221) C. 4,9,4.

(222) GOLDSCHMIDT, *Jherings Jahrbücher* 24, pp. 91-93, cité par COLLINET, p. 294, estimant le renversement de la preuve déjà effectué pour la *c.c.* active, considère comme LEVY qu'on soumit corrélativement cette *condictio* à un délai, introduit en 228 par le C. 4,30,8. Ce rescrit en vérité ne concerne pas la *condictio* mais uniquement l'*acceptio*, voir *supra* n. 136. COLLINET, pp. 295 et 296 pense au contraire qu'avant les rescrits dioclétiens du 3^e siècle la *condictio* était perpétuelle, le délai ayant été introduit par ce C. 4,9,4. Nous approuvons ce grand romaniste.

(223) KRELLER, pp. 300, 319-322 croit que c'est parce que le billet est causé: *quod velut accepturum*. Le rescrit ne traite pas clairement d'un cas de billet causé; la preuve est renversée pour la *c.c.* par une réforme générale de sa procédure. LEVY, pp. 233 et 238 considère que le texte ne crée pas un délai mais en rappelle un déjà existant. P. 238 l'auteur distingue la *condictio stipulationis*, du C. 4,30,7 et C. 2,6,3, de la *condictio mutui* du C. 4,9,4 en cas d'écrit sans stipulation. La *condictio cautionis*, remède d'équité de la fin de la procédure formulaire ignore cette distinction difficilement concluable des sources. Le C. 4,9,4 contient en outre le terme de *contestatio*. Pour LEVY, p. 238, ce n'est pas une référence à la *litis con-*

est de 5 ans ⁽²²⁴⁾.

D'après Collinet ce rescrit subordonnerait l'usage de la *c.c.* à la mise en œuvre d'une *querela* dans les temps impartis au débiteur ⁽²²⁵⁾.

testatio en général, mais à la *c.c.* Pour COLLINET, pp. 283 et 293 n. 30, *contestatio* désigne ici *querela*: « la *contestatio* est la forme ordinaire de la *querela* ». Pour nous cette expression concerne là le procès probatoire de la *litis contestatio*, plainte en remboursement du créancier et opposition préjudicielle de *c.c.* par le débiteur, car à cette époque la *c.c.* est soumise à un délai mais pas la *querela*. Pour KRÜGER, p. 9, *contestatio* désigne la *c.c.* L'important c'est qu'aucun de ces auteurs ne considère la *contestatio* comme une voie de droit indépendante de l'*e.*, la *c.c.* ou la *q.* Voir *supra* p. 254.

(224) Le Code Hermogénien Visig., loi I,1 de Dioclétien du 7 avril 294 ne fait pas allusion à la *c.c.* Même si on lit avec COLLINET (*Nouv. Rev. Hist.* 33, 1909, p. 185 ss.), LEVY (p. 237), KRELLER (pp. 312 et 299 n. 77) « *ex cautione* », l'*interpretatio* de cette source interdit d'y voir une *condictio*. L'*interp.* parle de *contestari*, *contestatio* ce qui évoque bien l'*e.n.n.p.* Nous préférons cependant la lecture de P. KRÜGER (*Collectio juris antejust.* t. 3, p. 234) et de CUGAS, paléographiquement plus justifiable: « *exceptionem* ». Le délai de la *c.c.* n'a donc pas été antérieurement à Dioclétien d'un an.

(225) P. 298. La *condictio* aurait été limitée d'un délai par Dioclétien au C. 4,9,4 sous l'influence de celui de la *querela*. Nous pensons que c'est sous celle de l'*exceptio*, la *q.* n'étant pas encore limitée à cette époque. Son argument est que *c.c.* et *q.n.n.p.* sont toutes deux des procédures actives sur plaintes du débiteur. Or les Romains n'ont jamais raisonné par analogie, surtout en procédure. COLLINET peut alors étendre l'effet de perpétuation par la *querela* de l'exception à la *c.c.* En portant plainte par une *querela*, désignée comme *contestatio* dans le rescrit, le plaignant débiteur perpétue sa *condictio*. Pour nous *contestatio* signifie procès en général, ici celui de la *c.c.* En agissant dans les temps par *condictio* le plaignant interrompt la prescription de celle-ci. C'est une évidence, mais utile à rappeler pour les ayants-droit du débiteur. Ils bénéficieront de l'interruption de prescription de la *condictio* grâce à l'acte de procédure engagé sur celle-ci par le de *cujus* débiteur. Bien qu'à cette époque l'*e.* soit soumise à un délai, comme la *c.c.*, le terme *contestatio* ne peut pas désigner le procès probatoire de la *litis contestatio*, plainte en remboursement du créancier et opposition d'*e.n.n.p.* par le débiteur, bien que le mot *contestatio* s'applique généralement à l'*e.n.n.p.* Ce serait contraire au principe procédural de l'indépendance des moyens. En mettant en œuvre une *e.* on ne perpétue pas non plus une *c.c.*; il est plus simple en opposant l'*e.n.n.p.* à la demande en

E. Levy ⁽²²⁶⁾ considère que le C. 8,39,3 du même empereur concerne aussi la *c.c.* Rien n'est moins sûr, le rescrit pouvant aussi bien traiter d'*e.*, voire de *q.n.n.p.* ⁽²²⁷⁾.

Section 2 .- La *condictio* passive

Elle est définie dans un rescrit de Gordien traitant aussi de l'*e.n.n.p.* ⁽²²⁸⁾. Le texte mentionne un délai, mais on ne peut déterminer si celui-ci concerne l'*e.* uniquement ou inclut aussi la *c.c.* ⁽²²⁹⁾. La charge de la preuve est laissée au débiteur, *usitato more* ⁽²³⁰⁾.

Une autre source ⁽²³¹⁾ présente deux hypothèses. Celle du billet non causé où seule l'*e.n.n.p.* opère un renversement de charge de preuve au profit du débiteur, au contraire des *condictiones sine causa, liberationis* et *cautionis* laissant au débiteur le soin

remboursement du créancier de joindre une demande connexe en récupération de l'écrit mensonger, en prouvant cependant le bien-fondé de cette *condictio* jusqu'à Honorius: *reus in excipiendo fit actor*. Notons l'honnêteté intellectuelle de COLLINET avançant sa lecture: « Quant à la *condictio*, aucun texte ne déclare formellement qu'elle est perpétuée par la *querela*, mais une constitution de 294 (C. 4,9,4) conduit à l'admettre ».

(226) Pages 233 et 240.

(227) Voir *supra* n. 110, où nous l'attribuons à l'*e.n.n.p.* Tout dépend du sens donné à *obligatio, instrumentum* ou *pactum*, dans « *obligationem remitti desiderio postulantium* ». Il pourrait s'agir aussi de *c.c.* passive. La source ne contient aucune indication quant à la charge de la preuve.

(228) C. 2,6,3. Voir *supra* n. 73. *Contra* COLLINET, p. 303: pour lui dans le rescrit le mot *exceptio* désigne la *querela*.

(229) LEVY, pp. 233 et 236 en doute; SUMAN, p. 231 et KRELLER, p. 319 pensent que le délai concerne aussi la *condictio* passive.

(230) *Pro* KRELLER, p. 322 et n. 182. Pour lui il s'agit de l'usage des autres *condictiones liberationis* comme la *condictio incerti*. Pour LEVY *usitato more* désigne la *c.c.* du C. 4,30,7 de 223. En tout cas le résultat est le même, ce rescrit laissant aussi la preuve à l'utilisateur de la *condictio*. Un autre argument est l'emploi de l'expression *ex hac causa* qui fait référence comme le note bien KRELLER aux faits ayant conduit à accorder l'*e.n.n.p.* où ce n'est qu'anormalement que la charge de la preuve est renversée. Il serait inadmissible de conclure de ce « *hac* » que la procédure de la *c.c.* a été influencée par celle de l'*e.n.n.p.*, ce qu'affirment GIRARD, p. 503 et notre maître Mr MACQUERON, p. 268.

(231) C. 4,30,5. Voir *supra* n. 90.

de prouver sa défense ⁽²³²⁾. Et celle du billet causé sous forme de reçu, ce qui peut recouvrir comme dans la constitution gordienne le cas de service rendu dont le prix est dû ⁽²³³⁾. L'e. qui n'opère pas alors ce renversement n'offre plus d'avantages par rapport aux *condictiones*.

CONCLUSION

Cette étude a montré que nulle part la cause finale ne joue un rôle en droit romain. En droit français, cette cause, si elle est inexistante ou immorale, permet de déclarer nulle une obligation et permet à l'équité de rentrer dans les rapports juridiques par la petite porte. Les Romains n'avaient pas besoin de cette fiction. Pour eux l'équité est source du droit et des obligations. Une obligation sera rapportée parce qu'inéquitable, ce qui est plus simple et moins pédant que d'invoquer une théorie de la cause pour obtenir le même résultat. Même quand au Bas Empire l'équité se fera appeler ordre public, la cause ne sera pas considérée. C'est l'obligation tout entière qui sera contraire à l'ordre public et non uniquement sa cause ou son objet, que les Romains d'ailleurs n'ont jamais différenciés.

L'histoire se répète ou on veut la répéter. A Rome cette exception est une création originale du 3^e siècle, époque où l'écrit a pris force probante comme présumant la stipulation. C'est paradoxal. L'écrit devrait faire preuve contre ceux qui le contestent, comme dans l'article 1132 du C. Civ. L'histoire sociale a méconnu cette logique. Les Empereurs durent protéger les *humiliores*, pour s'assurer leur soutien politique, contre les prêts de patronage fictifs et les prêts usuraires.

La situation n'était pas la même en France en 1808. Une institution romaine juste devient odieuse quand elle est dirigée contre une race d'individus seulement et que les conditions sociales ne

(232) Conformément au droit commun du D. 22,3,19 pr.

(233) « *Iusta causa debiti* ». C'est la *stipulatio indebiti* du D. 44,4,2,3. Voir SUMAN, p. 301 ; KRELLER, pp. 307-309 ; LEVY, pp. 233-234.

la rendent pas nécessaire. Il n'y avait aucune comparaison à faire entre les quelques banquiers juifs alsaciens et les *potentiores* romains, ni entre « la classe du peuple alsacienne » et les *humiliores*. Pourtant cette institution romaine a été récupérée pour détruire au détriment des Juifs le bénéfice de l'article 1132 C. Civ. par le décret du 17 mars 1808. Si le créancier est juif, il lui appartiendra de prouver la validité de sa créance. Le débiteur pourra user contre lui d'une exception passive et d'une querelle active et sans limitation de temps. La méfiance à l'égard du Juif est plus grande en France qu'elle ne l'était à Rome à l'égard du *potens*, car elle est raciste alors que la romaine était humaniste.

Rappelons que les antithèses ne sont rien sans les thèses qui les font naître. Nos critiques d'écrits de grands romanistes comme Mr. Collinet ont toujours été admiratives et redevables à ceux-ci.